Der Besitz der juristischen Personen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Philipps-Universität zu Marburg.

---

vorgelegt von

Adalbert Balzer
Gerichtsreferendar aus Dortmund.

Marburg 1934

Druck von: Wilhelm Giers, Dortmund

Als Dissertation von
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 18. April 1933.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. F. Leonhard.

Meinen Eltern in Dankbarkeit!

Schrifttum.

Beseler: . System des gemeinen deutschen Privatrechts, Allg. Teil, 1. Abt. 1885.

" . Volksrecht und Juristenrecht, 1843.

Binder: . . Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907.

Brinz: . . Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 2. Aufl. 1873.

Bruck: . . Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Buhl: . . . Recht der beweglichen Sachen.

Busch-Erler-Lobe: . . Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts 7. Aufl. 3. Band 1929.

Bartels: . Ausführungen zur Besitzlehre in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 42, S. 645 ff.

Bekker: . . Das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880.

" . . Der Besitz beweglicher Sachen in Iherings Jahrbüchern Band 34, S. 1 ff.

Biermann: Bürgerliches Recht, 1. Band, Allg. Lehren und Personenrecht, 1908.

" Bürgerliches Gesetzbuch; Das Sachenrecht, 3. Band 3. Aufl. 1914.

Bruns: . . Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910.

Cosack: . . Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, 7. Aufl. 1922

" . . Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 6. Aufl. 1913

Cosmann: Das Wesen des Besitzdieners, Diss. Leipzig, 1908.

Crome: . . System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Band 1905.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, 1902.

" Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908.

Ditmar: . Wie gestalten sich Erwerb und Verlust und Ausübung des Besitzes bei nicht vollkommen geschäftsfähigen und juristischen Personen. Diss. Rostock, 1903.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs Band I und II, 1. Aufl, 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Band 8. Aufl. 1903.

" Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2. Band, 1; Allg. Sachenrecht, 8. und 9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, Einl. Allg. Teil 1931.

Förtsch: . . Sind nach dem Rechte des B. G. B. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen?; in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 43, S. 545 ff.

Gaertner: . Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neueren deutschem Recht; in Leonhards Studien 1901.
Ganz: . . Die tatsächliche Gewalt beim Besitz. Diss. Marburg 1914.
Geißler: . Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache; in Jur. Woch. 1905, S. 521.
Gierke: . . Die Genossenschaftstheorie in der Rechtssprechung, 1887.
" . . Deutsches Privatrecht; Band 1, 1895, Band 2, 1905.
" . . im Rechtslexikon von Holtzendorff, 2. Band, 3. Aufl. 1881. (Juristische Personen).
Goldmann-Liliental: . Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 1. Band, 2. Aufl. 1903.
Goldschmidt: Vermischte Schriften, 1. Band, Grundlagen der Besitzlehre 1884.
Haff: . . . Grundlagen der Körperschaftslehre 1. Teil, Gesetze der Willensbildung bei Genossenschaft und Staat, 1915.
Heck: . . . Grundriß des Sachenrechts, 1930.
Hellwig: . Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899.
Hölder: . . Natürliche und juristische Personen, 1905.
" . . Kommentar zum B. G. B., Kommentar zum allgemeinen Teil, 1900.
" . . Pandekten, Allgemeine Lehren, 1891.
" . . Über das Wesen der juristischen Person, 1886.
Hruza: . . Der Sachbesitzerwerb corpore et animo, nach römischem und heutigem Recht; in Grünhuts Zeitschrift, Band 24, Seite 217 ff.
Ihering: . Der Besitzwille, 1898.
" . Der Zweck im Recht, 1. Band, 3. Aufl. 1893.
" . Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abt., 3. Aufl. 1877.
Isay: . . . Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1900.
Jäger: . . Hölder, Natürliche und juristische Personen; in Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Jahrgang 1906.
Karlowa: . Zur Lehre von den juristischen Personen; in der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut) Band 15, Seite 381 ff.
Kelsen: . . Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1922.
" . . Allgem. Staatslehre, 1925.
Klein: . . Sachbesitz und Ersitzung, 1891.
" . . Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, 1912.
Kohler. . . Vertrag und Übergabe. Im Arch. für bürgerliches Recht Band 18.
" . . Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Band, Allg. Teil 1906.

Kretschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906.
Krückmann: Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, im Arch. für ziv. Praxis Band 108, Seite 197 ff.
Laband: . Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 1. Abschnitt, Titel 1-3; im Archiv für ziv. Praxis Band 73, Seite 161 ff.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, 1904.
Langen: . . Eigentums- Erwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften, 1900.
Lasson: . . Prinzip und Zukunft des Völkerrechts 1871.
Laube: . . Erwerb und Verlust des Besitzes nicht vollkommen geschäftsfähiger und juristischer Personen nach römischem und heutigem Recht. Diss. Rostock, 1903.
Lehmann: . Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1928
Fr. Leonhard: Willkür und Willenserklärung; in Iherings dogm. Jahrbüchern Band 39, Seite 174 ff.
" Das römische Recht; in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Birkmeyer 2. Aufl. 1904, Seite 79 ff.
" Bürgerliches Recht, Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl. 1926.
" Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899. Allgemeines
" Schuldrecht des B. G. B. 1. Band, 1929. Besonderes Schuldrecht 2. Band, 1931.
Maenner: . Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das deutsche Reich 2. Aufl. 1906.
Manigk: . Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
" . Willenserkläruug und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1907.
Matthias: . Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. u. 7. Aufl. 1914.
Meurer: . . Die juristischen Personen nach dem deutschen Reichsrecht 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band 1, 1. Teil (amtl. Ausgabe), 1888.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927.
Pininski: . Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes 1885.
Planck: . . Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band 4. Aufl. 1920.
Preuß: . . Stellvertretung oder Organschaft; in Iherings dogm. Jahrbüchern Band 44, Seite 424 ff.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Band 3, Sachenrecht, 1899.

Przibilla: . Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter; in Iherings dogm. Jahrbüchern, Band 50, Seite 323 ff.
Puchta: . . Pandekten, 1877.
" . . Cursus der Institutionen 1. Band 1875.
" . . Kleine Schriften 1851.
Randa: . . Der Besitz nach österreichischem Recht, 4. Aufl. 1895.
Rhode: . . Juristische Person und Treuhand. Grundzüge einer Lehre vom zweckgebundenem Recht. 1932.
Rosenberg: Sachenrecht, 1. Halbband, 1919.
v. Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im B. G. B.; im Arch. für ziv. Praxis Band 93, Seite 131 ff.
" Zweckvermögen und Genossenschaft, 1892.
Salkowski: Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, 6. Aufl. 1892.
Savigny: . Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865.
" . System des heutigen römischen Rechts, 2. Band, 1840.
Schloßmann: Organ und Stellvertreter; in Iherings dogm. Jahrbüchern, Band 44, 1902.
Schwarz: . Rechtssubjekt und Rechtszweck. Im Arch. für bürgerl. Recht, Band 32, Seite 12 ff.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz 3. Band, 1. Teil, Sachenrecht, 9. Aufl. 1926.
Stinzing: . Über das Stiftungsgeschäft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Arch. für zivilistische Praxis, Band 88, Seite 392 ff.
Strohal: . Der Sachbesitz nach B. G. B.; in Iherings dogm. Jahrbüchern, Band 38, Seite 1 ff.
Stöver: . Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Im Arch. für bürgerl. Recht, Band 26, Seite 149 ff.
Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? Im Arch. für bürgerl. Recht, Band 20.
v. Tuhr: . . Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Band, allg. Teil und Personenrecht, 1910; 2. Band, 2. Hälfte, 1918.
Turnau-Förster: . Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Band Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1902.
Wendt: . . Lehrbuch der Pandekten, 1888.
Windscheidt-Kipp: . . . Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 9. Aufl. 1906.
Wolff: . . Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Band, Sachenrecht 8. Bearbeitung, 1929.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§ 1.

Neben den natürlichen Personen kennt unser Rechtssystem noch Träger von Rechten und Pflichten, welche den Tätigkeitsbereich des einzelnen übersteigende Zwecke verfolgen und im weitesten Umfange am Rechtsleben teilnehmen, die juristischen Personen. Bei der Bedeutung, welche die juristischen Personen besonders auf dem Gebiete des modernen Wirtschaftslebens und der Verwaltung haben, liegt es im Interesse der Rechtssicherheit, wenn ihre rechtliche Seite von der Problematik befreit wird, die ihr immer noch anhaftet. Mit der vorliegenden Arbeit soll nun ein Beitrag zur Klärung der immer noch umstrittenen Frage des Besitzes der juristischen Person geliefert werden.

In Literatur und Praxis werden die verschiedensten Auffassungen[1]) über die Besitzverhältnisse der juristischen Person vertreten. Diese Verschiedenheit findet ihren Grund in der jeweiligen Stellungnahme zu drei wiederum bestrittenen Gebieten, nämlich zum Besitz, zum Begriff der juristischen Person, insbesondere deren Vertretung, und zur Frage des Besitzerwerbes und der Besitzausübung durch Mittelspersonen. Zur Gewinnung eines klaren Ergebnisses ist es daher auch hier unumgänglich, daß zu den genannten Rechtsgebieten einzeln Stellung genommen wird.

---

1) Zusammengestellt in OLG. 5, S. 148.

I. Abschnitt.

Begriffsbestimmung des Besitzes.

1. Kapitel

Geschichtliche Entwicklung.

§ 2.

Zunächst bedarf es einer Begriffsbestimmung des Besitzes, welche aber ohne ein Eingehen auf seine geschichtliche Entwicklung nicht möglich ist. Das römische Recht unterschied die possessio und die detentio, wobei es nur für den possessor den rechtlichen Schutz in Gestalt der Interdikte aussprach. Als Ausgangspunkt für die possessio ist die den 12 Tafeln schon bekannte Ersitzung anzusehen[2]). Charakteristisch ist daher für die possessio der Eigentumswille. Die Grundlage für den Erwerb der possessio, des rechtlich anerkannten, tatsächlichen Habens einer Sache, gibt Paulus § 3 D 41. 2. de aquirenda vel amittenda possessione: Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Hiernach war also corpus und animus zum Erwerbe der possessio nötig. Unter corpus wird man tatsächliche Gewalt, also die Möglichkeit, auf die Sache voll einzuwirken, zu verstehen haben. Animus bedeutet den Eigentümer- oder Aneignungswillen. Rechtlich nicht geschützt waren dagegen die detentores, die Fremdbesitzer. Den inneren Grund des Gegensatzes zwischen der possessio und der schutzlosen detentio wird man in der geschichtlichen Entwicklung der possessio aus der Ersitzung[3]) und in den wirtschaftlichen und politischen Zuständen zur Zeit der römischen Republik suchen müssen. Wer als Herr im eigenen Hause (domus) und Gute saß, fand vollen Besitzschutz. Der sozial Abhängige, der als Pächter, Mieter, Entleiher usw. eine fremde Sache innehielt, sollte sich dem Begehren des Herrn auf Herausgabe nicht durch Berufung auf den Gewahrsam der Sache widersetzen dürfen. Insbesondere wollte der Vermieter sich den in einer Mietkaserne (insula) untergebrachten Mietern gegenüber für den Fall unpünktlicher Zahlung das unbedingte Vertreibungsrecht sichern. Zu diesem Zwecke wurde die Sachgewalt zu einer des possessorischen Schutzes

2) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 114.
3) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 114.

darbenden Innehabung herabgedrückt[4]). Es muß hierbei auf die wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit der Miete und Pacht bei der damaligen Sklavenwirtschaft hingewiesen werden[5]). Nicht wird man dagegen wie die gemeinrechtliche Lehre die Bejahung und Verneinung des Besitzschutzes darin begründet sehen, ob sich in der Sachgewalt der Wille verwirklicht, die Sache für sich oder für einen anderen auszuüben. Dies zeigt sich z. B. beim Mieter. Dieser will und zwar für sich besitzen und gerade hier besteht ein besonderes Bedürfnis nach Besitzschutz[6]).

Eine Aenderung brachte das kanonische Recht, welches auch die Detentoren im eigenen Interesse gegen Gewalt schützte. Materiell bedeutete die hier entwickelte Spolienklage die Ausdehnung des Besitzschutzes auf den gesamten tatsächlichen Gewahrsam, der insbesondere durch Haus und Hof abgegrenzt wird, sodaß niemand etwas ohne Einwilligung des Inhabers daraus entfernen darf. Der Schutz geht gegen jegliche Eigenmacht[7]).

Das deutsche Recht gebrauchte zur Bezeichnung der Besitzverhältnisse das Wort Gewere. Man verstand darunter ursprünglich die körperliche Einweisung oder Bekleidung (vestitura) mit dem Besitze einer Sache. Später bezeichnete man damit den durch diesen Rechtsakt geschaffenen Zustand. Dieser bestand in jeder tatsächlichen Rechtsausübung. Bei beweglichen Sachen prägte sich diese Rechtsausübung in der tatsächlichen Gewalt, in der Herrschaft über die Sache aus. Bei Grundstücken dagegen trat sie den Grundsätzen der Naturalwirtschaft entsprechend in der Fruchtnutzung in Erscheinung. In der Gewere prägte sich als Zweckbestimmung die Ausübung eines behaupteten dinglichen Rechtes aus; sie sollte das Recht zum Haben versinnbildlichen und diente so zur Kundbarmachung der Sachenrechte. Nach der Rezeption des römischen Rechts wurden römischrechtliche und deutschrechtliche Rechtsgedanken vermischt. Beide Rechtsquellen sind an der Ausbildung der gemeinrechtlichen Besitzklagen beteiligt. Im preußischen allgemeinen Landrecht zeigt sich der starke Einfluß deutsch-rechtlicher Gedanken: entsprechend der Gewere wird der Besitz jedem zuerkannt, der in eigenem Interesse die Sachherrschaft ausüben will, sodaß an dem Besitzschutze auch der Pächter, Mieter, Pfandgläubiger, Nießbraucher teilnimmt, wobei zwischen dem vollständigen Besitzer, der die Sache als eine eigene hält und dem unvollständigen, der sie für sich zur Ausübung eines bestimmten Rechts (Pfandrechts, Mietrechts, usw.) besitzt, unterschieden wird[8]). Weiter wird der Besitzschutz auf jeden Inhaber ausgedehnt, auf jeden, der die reale Gewalt herstellen kann, weil sich die Sache räumlich in seiner Behausung, Tasche usw. befindet[9]).

---

4) Vgl. Endemann, S. 138.
5) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 114.
6) Siehe Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 114.
7) Endemann, S. 139.
8) Vgl. Endemann, S. 143.
9) Preuß. ALR. I. 7. 137—141.

2. Kapitel
Der Besitz nach geltendem Recht.

§ 3.

Was den Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs anbetrifft, so wird man im Gesetz selbst vergebens nach einer Begriffsbestimmung suchen. Das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt zwar im § 868 den Begriff des mittelbaren Besitzes, nicht aber den Begriff des — auch im § 868 vorausgesetzten — unmittelbaren Besitzes. Für diesen gibt das bürgerliche Gesetzbuch nur Vorschriften über den Erwerb und den Verlust. Gemäß § 854 Abs. 1 BGB. wird der unmittelbare Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben und gemäß § 856 BGB. durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt beendigt. Hieraus ergibt sich, daß derjenige, welcher die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt und nicht wieder verloren hat, d. h. wer die tatsächliche Gewalt hat, Besitzer der Sache ist. Das bürgerliche Gesetzbuch knüpft also sozusagen in realistischer Auffassung den Besitzerwerb an das äußere Moment, das corpus[10]). Es ist also unter Besitz einer Sache die tatsächliche Gewalt über die Sache oder das tatsächliche Machtverhältnis einer Person zu einer Sache zu verstehen. Im übrigen überläßt es das Gesetz der Wissenschaft, zu bestimmen, was unter tatsächlicher Gewalt zu verstehen ist. Ueber diese Frage herrscht immer noch heftiger Streit.

Savigny[11]), der Begründer der modernen Besitzlehre, bestimmte die tatsächliche Gewalt als die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Die hier verlangte Möglichkeit, die Einwirkung anderer auf die Sache zu verhindern, kann aber als Erfordernis des Besitzes nicht angesehen werden. Dies zeigt sich einmal an dem von Planck[12]) angeführten Beispiel, in dem das mit Geld zum Krämer geschickte Kind nicht imstande ist, die Einwirkung anderer auf das Geld zu verhindern, eine Annahme der tatsächlichen Gewalt aber hier unzweifelhaft erscheint. Außerdem setzt ja gerade, wie Rosenberg[13]) richtig bemerkt, die Besitzentziehungsklage voraus, daß andere stärker waren als der Besitzer, er also die Einwirkung nicht hat verhindern können.

---

10) Vgl. Planck, III, Vorbemerkung zu § 854, Anm. 3. Staudinger, III, 1, § 854, Anm. I, 1.
11) Recht des Besitzes, S. 210.
12) Kommentar III, Vorbemerkung zu § 854, Anm. 3.
13) Sachenrecht, § 854, I, 1.

Windscheid[14]) läßt für die tatsächliche Gewalt die Fähigkeit, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, genügen. Dies ist aber unzureichend, da diese Einwirkungsmöglichkeit z. B. bei frei zugänglichen Grundstücken und bei offenliegenden Sachen für jedermann besteht, dem abwesenden Besitzer aber fehlen kann. Es sind hier durch die räumliche Entfernung oder die Natur der besessenen Sache dem Einwirkungsbelieben Schranken gezogen, welche eine Sachherrschaft nicht hindern[15]).

Nicht geeignet ist auch die Ansicht, welche auf die Möglichkeit abstellt, über die Sache beliebig und ausschließlich verfügen zu können[16]). Abgesehen von der Unbestimmtheit des Begriffs „Verfügen" würde die Möglichkeit zu verfügen nicht als Grundlage der tatsächlichen Gewalt, sondern vielmehr als deren Folge anzusehen sein[17]).

Abzulehnen ist auch die Auffassung Krückmanns[18]), der jeden Besitz für Rechtsbesitz erklärt. Für ihn ist der Besitz die rechtlich anerkannte Möglichkeit, einen bestimmten Rechtsinhalt auszuüben. Dagegen sprechen die schon bei Windscheid's Lehre geäußerten Bedenken, daß die Möglichkeit der Ausübung des bestimmten Rechtsinhalts nicht Grundlage, sondern erst Folge der tatsächlichen Gewalt sein würde. Außerdem aber ist im bürgerlichen Gesetzbuch der Rechtsbesitz grundsätzlich verschwunden. Er ist nur für die Grunddienstbarkeiten (§ 1029 BGB.) und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB.) insofern noch anerkannt, als bei Störung in der Ausübung die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften anzuwenden sind[19]).

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß die Frage, ob und wann jemand die tatsächliche Gewalt habe, nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden sei, und daß der Begriff der tatsächlichen Gewalt als ein Begriff des lebendigen Verkehrs sich nicht juristisch analysieren lasse.

Nach Goldschmidt[20]) ist der Besitz ein elementarer, unmittelbar aus dem Tatbestand menschlichen Zusammenlebens geschöpfter, ein gesellschaftlicher Urbegriff, der keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplikation duldet. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß der Besitz allerdings tatsächliche Gewalt sei, aber nicht diejenige, welche der einzelne haben will oder zu haben vermeint, sondern welche dem Gesamtbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheine. Er stellt fest, daß die Elemente dieses Gesamtbewußtseins auf wirtschaftlichen, ethischen und rechtlichen Momenten beruhen. Wolff[21]) bemerkt kurz: Sachherrschaft ist, was nach dem Gemeinbewußtsein

14) Pand. Bd. 1, S. 668.
15) Vgl. Rosenberg a. a. O., § 854, I, 1; Wolff a. a. O., S. 17.
16) Randa, a. a. O., S. 2; Hruza, a. a. O., S. 237.
17) Rosenberg, a. a. O., § 854, I, 1.
18) a. a. O., S. 246.
19) Vgl. Planck, III, § 854, Vorbemerkung, Anm. 4 und Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 119.
20) a. a. O., S. 47, 49, 77.
21) a. a. O., S. 17.

als solche erscheint. Er führt dann einige Erfordernisse, welche nach seiner Ansicht die Lebensauffassung für die Sachherrschaft aufgestellt hat, auf. Ebenso gehen Rosenberg[22]) und andere bei ihrer Entwicklung des Besitzbegriffes vor.

Maßgebend ist hiernach also das Durchschnittsurteil aller und es ergibt sich, daß die tatsächliche Gewalt nicht nur als rein physische zu verstehen ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Akt oder ein Vorgang einer Person die tatsächliche Herrschaft über ein Objekt verschafft, ist wesentlich auf die Anschauung des Verkehrs, auf die Lebensauffassung Rücksicht zu nehmen. Aber das genügt noch nicht zur Abgrenzung. Denn es ist damit noch nicht gesagt, was denn durch die Verkehrsauffassung festgestellt werden soll. Es muß noch genauer bestimmt werden, was den Inhalt jener Herrschaft ausmacht: Wenn jemand eine Sache tatsächlich hat, so kann er sie tatsächlich benutzen und verwerten, er kann sie verwenden. Die Sache, die er in der tatsächlichen Gewalt hat, erscheint damit also der Außenwelt verwendungsbereit. Die tatsächliche Gewalt ist hiernach also etwas statisches, eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, welche die Sache zur Verwendung durch die Person — mittels Gebrauch oder Veräußerung — bereit erscheinen läßt[23]). Die meist gar nicht so schwierige Entscheidung darüber, ob und wann dies der Fall ist, bleibt der Auffassung des Lebens überlassen.

Es ist noch die Frage zu erörtern, ob ein Besitzwille erforderlich ist, da die Stellungnahme hierzu bei der Behandlung später auftauchender Fragen von Bedeutung ist. Der Besitz ist gemäß § 854 BGB. als die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache zu definieren. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt also als einziges Erfordernis des Besitzerwerbes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Ein Wille wird demnach nicht mehr gefordert. Die Nichterwähnung des Besitzwillens im § 854 BGB. würde freilich allein der Annahme seiner Notwendigkeit noch nicht entgegenstehen. Aber es ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung. Die Besitzlehre des BGB. ist wesentlich auf Grund der Lehre Iherings gestaltet worden, die diesen Willen ablehnt. Ihr entsprechend hat die zweite Kommission es abgelehnt, den Besitzwillen als Erfordernis des Besitzerwerbes aufzustellen, sodaß durch die Nichterwähnung im Text die Nichterforderlichkeit zum Ausdruck kommen sollte. Daher ist es unhaltbar, dem Besitzwillen eine selbständige Stellung neben der tatsächlichen Gewalt wie der animus neben dem corpus im römischen Recht einzuräumen. Dahin geht auch eine verbreitete Meinung[24]). Der Besitzwille ist kein notwendiges Element der tatsächlichen Gewalt; denn diese kann als Zustand des Willens entbehren[25]).

---

22) a. a. O., § 854, Anm. I, 1.

23) So zuerst Leonhard in Birkmeyers Enzyklopädie, S. 122; Lehrb. i. k. S., S. 115; Ganz, S. 53.

24) U. a. so Rosenberg, § 854, Anm. I, 2; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 69/70; Strohal a. a. O., S. 76 ff.

25) Rosenberg, § 854, Anm. I, 2.

Auch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt setzt nicht notwendig den Besitzwillen voraus. Das Gegenteil kann auch nicht aus dem Wort „Erlangen“ gefolgert werden, wie es z. B. Endemann[26] tun will. Bei einer Prüfung des gesamten Normentatbestandes ergibt sich nämlich, daß „erlangen“ im bürgerlichen Gesetzbuch durchaus nicht immer einen Willensakt voraussetzt (vgl. §§ 3, 121, 532, 1736)[27]. Es ist demnach möglich, ohne, ja gegen den Willen Besitz zu erwerben, wenn, das immer vorausgesetzt, die tatsächliche Herrschaft begründet wird. Gänzlich bedeutungslos ist allerdings der Besitzwille nicht. In zahlreichen Fällen wird die Entscheidung der Frage, ob die tatsächliche Gewalt über eine Sache begründet worden sei, von dem Dasein eines auf die Erlangung gerichteten Willens und von dem Maße der Betätigung dieses Willens abhängig sein. So ist der Besitzer eines Parkes nicht stets Besitzer aller Sachen, die in ihn hineingelangen. § 867 BGB. lehnt einen solchen Schluß in unzweideutiger Weise ab. Er wird oft gerade dadurch Besitz erlangen, daß er erfährt, wo die Sache liegt und sie zu behalten beschließt[28]. Durch eine den Umständen entsprechende Willensbetätigung wird der Befehlskreis erweitert, sodaß der Besitz unter äußeren Verhältnissen erworben werden kann, welche ohne Betätigung des Besitzwillens zum Besitzerwerbe nicht ausreichen würden[29].

Es wird noch die Frage zu beantworten sein, ob der Besitz als ein Recht aufzufassen ist. Hierüber herrscht heftiger Streit. Eine Meinung bejaht die Rechtsnatur des Besitzes. Nach ihr ist der Besitz als subjektives Recht aufzufassen[30]. So sieht Planck den Besitz zwar nicht als subjektives Recht auf die Sache oder an der Sache an. Er ist nach ihm aber ein Persönlichkeitsrecht in Bezug auf die Sache. Nach einer anderen Meinung handelt es sich bei dem Besitz nur um eine Rechtsposition[31]. Endlich wird der Besitz weder als subjektives Recht noch als Rechtsposition, sondern lediglich als Tatsache angesehen[32]. Diese Auffassung allein ist richtig nach dem Standpunkt unseres positiven Rechts. Zunächst stellen die §§ 1414, 1462, 1533, 1537 BGB. den Besitz in bemerkenswerter Weise in Gegensatz zu den Rechten. Dann spricht gegen die hier bekämpfte Auffassung, daß der Besitz nur unter ganz außerordentlichen Umständen und nur in diesen Fällen, nämlich bei der Eigenmacht, geschützt wird. Dieser Schutz besteht aber auch nur um

---

26) a. a. O., S. 174 ff.
27) Rosenberg, § 854, Anm. I, 1.
28) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 69/70.
29) Strohal a. a. O., S. 68.
30) So Planck, Vorb. zu § 854; Bartels in Gruchot 42, S. 648; Bekker in Iher. Jahrb. 34, S. 27; Oertmann in Iher. Jahrb. 66, S. 213; Wolff in § 3, III; von Tuhr, allg. Teil, I, 137.
31) RG. Gruchot 50, S. 968; Recht 1915, Nr. 2487; RG. 91, 65; RG. 105, 218; Staud. Vorb. VII zu § 854.
32) Cosack, Sachenr., S. 49; Strohal a. a. O., 3 ff.; Kniep a. a. O., S. 6; Männer § 14; Leonhard, Schuldrecht II, S. 306; Busch-Erler-Lobe, Vorb. zu § 854.

der Eigenmacht willen; denn der Besitz allein ist schwächer als das Eigentum, wie sich aus § 985 BGB. ergibt. An den Besitz knüpfen sich auch nicht die Folgen eines Rechts an. So ist die Verfügung über den Besitz kein Rechtsgeschäft und nicht wegen Willensmängel anfechtbar[33]). Wenn von der gegenteiligen Meinung[34]) angeführt wird, daß der Besitz als Bestandteil der Erbschaft ohne weiteren Rechtsakt auf den Erben übergehe, so ist dagegen einzuwenden, daß der Besitz des Erben eine Ausnahmestellung einnimmt, da er nicht nach § 854 BGB. erworben wird, sondern einer Sonderregelung unterworfen ist. Es gibt sonst keine praktischen Folgerungen, welche für den Besitz aus einer Bejahung seiner Natur als Recht und Rechtsposition gezogen werden könnten.

---

33) Leonhard, Schuldr. II S. 306.
34) Bartels a. a. O., S. 648.

II. Abschnitt.

Begriffsbestimmung der juristischen Person.

1. Kapitel

Die verschiedenen Konstruktionen.

§ 4.

Nachdem im vorigen Kapitel zu dem bestrittenen Besitzbegriff Stellung genommen wurde, wird jetzt auf das immer noch problematische Wesen der juristischen Person und deren Konstruktion einzugehen sein. Auch hier wird man vergebens im Gesetz nach einer Begriffsbestimmung suchen. Vielmehr ist dies der Wissenschaft vorbehalten geblieben[35]). Die Literatur, in der sich die Wissenschaft mit dem Begriff der juristischen Person auseinandergesetzt hat, ist umfangreich. Sowohl in der Lehre des Privatrechts wie in der des öffentlichen Rechts hat das Problem eine eingehende Würdigung erfahren. Im Laufe der Zeit hat sich in der Lehre des Privatrechts — nur hiervon soll im folgenden die Rede sein, die umfangreiche Literatur des öffentlichen Rechts ist hier nicht berücksichtigt, — eine Anzahl von Konstruktionen herangebildet.

Das eigentliche Problem dieser Frage ist zuerst von Savigny erkannt und gewürdigt worden. Während vor Savigny natürliche und moralische Personen ohne sichere Reflektion einander gegenübergestellt wurden, erkennt Savigny die Problematik und versucht sie zu bewältigen[36]). Er vertritt eine schon aus dem Mittelalter stammende Lehre der Fiktionstheorie. Diese erkennt nur den Menschen als Rechtssubjekt an. Nach ihr ist alles Recht um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen vorhanden. „Darum", so argumentiert Savigny, „muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts mit dem Begriff des Menschen zusammenfallen; und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch und nur der Mensch ist rechtsfähig" [37]). Bei dieser Auffassung findet sich dann Savigny mit der Tatsache, daß das positive Recht die Rechtsfähigkeit nicht nur auf den Menschen, sondern auch auf die

35) Motive I, § 41, S. 48.
36) Vgl. hierzu Binder, a. a. O., S. 9.
37) Savigny, System II, S. 2.

juristische Person übertragen hat, damit ab, daß dann eben die juristische Person künstlich gebildet, die Rechtspersönlichkeit also fingiert werden müsse[38]). Auch bei Puchta[39]) und Windscheid, den Schülern Savignys, ist nur der Mensch natürlicher Rechtsträger. Beide kommen mit ähnlichen Argumentationen zum selben Ergebnis wie Savygny. Windscheid[40]) stellt fest, daß es Rechte gibt, welche nicht an einen Menschen als ihrem Subjekt angeknüpft sind. Der hier zunächst liegenden Auffassung, daß ein Rechtssubjekt nicht vorhanden sei, widerspreche ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit beruhendes Gefühl des Menschen. Dieses suche für diese Rechte ein Subjekt und finde dasselbe in einer künstlich, durch Gedankenoperation geschaffenen, vorgestellten Person, die juristische Person genannt werde.

Von demselben Ausgangspunkte, daß nur dem Menschen natürliche Rechtspersönlichkeit zukomme, entwickelt Brinz seine Theorie vom Zweckvermögen. Er kommt aber zu anderem Ergebnis, da er die Fiktion der Persönlichkeit beseitigt. Nach ihm ist das, was mit juristischer Person bezeichnet wird, in Wahrheit keine Person, sondern eine besondere Art von Vermögen, welche nicht, wie in der Regel zu einer Person, sondern einem unpersönlichen Zwecke gehört[41]). Die Frage, wer denn das Subjekt der Rechte sei, aus denen sich das Vermögen zusammensetzt, beantwortet Brinz, der subjektlose Rechte nicht anerkannt, dahin, daß es sich hier garnicht um Rechte, sondern vielmehr um besondere Vermögensmassen handele, die ihren Zusammenhang nur in dem sie beherrschenden Zwecke fänden: Zweckvermögen[42]). Noch weiter geht in dieser Richtung Schwarz[43]), für den der Mensch nur „Objekt der mittels des Vermögens zu treffenden Fürsorge ist: nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt". Er verwirft den Machtbegriff der Rechte überhaupt und faßt auch die Rechte der natürlichen Personen nur als Gebundenheiten auf.

Während die Fiktionstheorie und die Brinz'sche Lehre vom Zweckvermögen darin übereinstimmen, daß das Vermögen, um dessen Regulierung es sich handelt, nicht direkt an die beteiligten Menschen sondern an einen neuen, selbständigen Beziehungspunkt, die juristische Person bezw. den Zweck angeknüpft wird[44]), stellt Ihering in seiner Individualisierungstheorie die Verbindung des Vermögens mit den beteiligten Menschen gerade her. Nach seiner Auffassung sind die Destinatäre, d. h. die Personen, denen die Rechte der juristischen Person zugute kommen, die wahren Rechtsträger. Beim Verein sind dies also die Vereinsmitglieder, bei der Stiftung diejenigen Personen, denen sie Nutzen gewährt. „Nicht die juristische

38) Savigny, System II, S. 2.
39) Vgl. Pandekten, S. 36, 40; Institutionen, §§ 1, 2, 4.
40) Pandektenrecht, Bd. 1, S. 220.
41) Brinz, a. a. O., S. 196, 302.
42) Brinz, a. a. O., S. 201, 202.
43) Schwarz, a. a. O., S. 134.
44) Vgl. Rümelin Zweckverm. u. Genossenschaft, S. 5.

Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjekte; jene ist nichts als die nach außen gekehrte eigentümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt"[45]).

Dieser Theorie Iherings, welche auf seiner Auffassung vom subjektiven Recht als geschütztem Interesse beruht, stehen Meurer und Salkowski nahe. Auch sie knüpfen, um die Rümelin'sche Formulierung zu gebrauchen, das Vermögen an die beteiligten Menschen. Meurer sieht bei der Korporation in der Korporationsvielheit das Rechtssubjekt. Die Vielheit, so entwickelt er, wird vom Rechte als eine Einheit behandelt. Sie erwirbt und besitzt, klagt und wird verklagt, funktioniert ganz wie eine Einheit. Als Rechtssubjekte der Stiftung bezeichnet Meurer im Anschluß an Ihering die Genußdestinatäre[46]). Bei der Konstruktion Meurers wird nicht, wie bei der Fiktionstheorie ein fehlendes Rechtssubjekt, sondern die Einheit statt der in Wahrheit vorhandenen Vielheit fingiert. Salkowski[47]) begnügt sich damit, als Rechtsträger „die personifizierte — d. h. als ein Subjekt, nicht als bloße Mehrheit von Personen sich rechtlich darstellende — Gesamtheit der Mitglieder als solche (die ideale Einheit)" hinzustellen.

Wie Ihering und Meurer findet auch Hölder als Rechtsträger nur zur juristischen Person gehörige Menschen. Er konstruiert aber in ganz anderer Richtung. Nach ihm gibt es keine anderen Rechtspersonen, als die einzelnen Menschen. Diese sind entweder rechtlich selbständige oder unselbständige Personen, d. h. Subjekte eigener oder Objekte fremder Macht und Sorge. Als Objekte fremder Macht und Sorge sind sie Gegenstand der Vertretung durch andere Menschen, wobei der Begriff der Vertretung umfassender ist als der Begriff der Stellvertretung im Sinne von §§ 164 ff. BGB. Die nominelle rechtliche Macht und Pflicht einer unselbständigen Person, so argumentiert Hölder weiter, kommt in Wirklichkeit als amtliche ihrem Vertreter zu. Sie wird aber der unselbständigen Person zugeschrieben, weil sie dieser, wenn sie nicht unselbständig wäre, zukäme[48]). Von dieser Grundlage aus behandelt dann Hölder die juristische Person. Er stellt fest, daß es keinen das Gemeinwesen und den Verein gleichmäßig umfassenden Begriff der Körperschaften gibt. Beim Gemeinwesen sind die Angehörigen nach seiner Auffassung Objekte der seinen Organen zukommenden Macht und Sorge. Ebenso bei einem Verein, der nicht den individuellen Interessen der Mitglieder dient. Hier kommen den Organen die Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinwesens und Vereins als amtliche zu. Anders ist es beim egoistischen, d. h. dem den individuellen Interessen seiner Mitglieder dienenden Verein. Hier sind die Organe Bevollmächtigte und Beauftragte seiner Mitglieder. Der

45) Ihering, Geist des römischen Rechts, III, 1, S. 342, 343.
46) Meurer, a. a. O., S. 19.
47) a. a. O., S. 143.
48) Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 99—110; s. auch Jäger, a. a. O., S. 464, 465.

egoistische Verein unterscheidet sich von der Gesellschaft nicht durch sein Wesen, sondern nur durch die Möglichkeit ihm zugeschriebener Verbindlichkeiten, für die niemand mit seinem ganzen Vermögen haftet[49]). Zusammengefaßt findet Hölder bei den altruistischen Korporationen, welche nach ihm dem öffentlichen Rechte angehören, in den Verwaltern die Subjekte des Vermögens kraft Amtsrechts, beim egoistischen Verein entspricht die Rechtszuständigkeit der Gesellschaft, nur ohne die persönliche Haftung der Mitglieder. Rechtsträger sind nicht wie bei Ihering die Genießer des Korporationsgutes, sondern die Verfüger darüber in ihrer amtlichen Eigenschaft[50]).

Der Hölder'schen Lehre verwandt ist die Konstruktion Binders. Binder baut auf anderer Grundlage auf. Er stellt im Gegensatz zu Hölder fest, daß nicht nur der einzelne Mensch rechtliche Persönlichkeit hat, sondern daß auch eine Personenmehrheit Rechtssubjekt sein kann[51]). Das Rechtssubjekt ist nach ihm kein Ding-, sondern ein Relationsbegriff[52]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß auch der rechtsfähige Verein nichts anderes ist, als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die ihm zustehende rechtliche Macht ist eine Macht seiner Mitglieder. Diese Macht wird zum Unterschied von der Gesellschaft durch einen besonderen Apparat, „die körperschaftliche Organisation" ausgeübt. Diese Organisation hat mit der angeblichen Rechtsfähigkeit nichts zu tun; sie beruht nur darauf, daß der Verein auf eine unbestimmte, stets wechselnde Zahl von Mitgliedern angelegt ist, weshalb er einer ständigen Organisation bedarf, um seine Angelegenheiten besorgen zu können[53]).

Enneccerus geht in seiner Theorie der Zweckpersonifikation davon aus, daß der Begriff des subjektiven Rechts als einer gedachten Rechtsmacht für die juristischen Personen nicht passe. Diese sind nach seiner Auffassung nur Zweckgebundenheiten, die aber nach Analogie der subjektiven Rechte behandelt werden. Die analoge Behandlung wird dadurch bewirkt, daß man die zur Förderung des Zwecks geschaffene Organisation, also bei der Korporation der zu dem gemeinsamen Zwecke vereinigte Mitgliederverband, bei der Stiftung die rechtliche Veranstaltung zu dem bestimmten Zwecke als Willens- und Rechtssubjekt denkt und den Willen der verfassungsmäßigen Verwalter als den Willen des Subjekts betrachtet[54]). Hier werden also die Organisationen selbst personifiziert.

Während Enneccerus ausdrücklich betont, daß die zur Förderung des Zwecks geschaffenen Organisationen als Rechts- und Willenssubjekte nur gedacht werden, ist nach der Theorie von der

---

49) Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 341, 348; vgl. auch Jäger a. a. O., S. 464 ff.
50) Vgl. Oertmann, Allg. Teil, Vorbem. z. zweiten Titel, 2, b.
51) Binder, a. a. O., S. 73.
52) Binder, a. a. O., S. 84.
53) Binder, a. a. O., S. 106.
54) Allg. Teil, Anm. zu § 96; ebenso Lehmann, a. a. O., § 380.

realen Verbandspersönlichkeit, als deren Begründer Beseler[55]) und deren Hauptvertreter Gierke anzusehen ist, die juristische Person eine wirklich existierende, zusammengesetzte Person mit einem wirklichen Gesamtwillen. Sie ist willens- und handlungsfähig, kein totes Begriffsding, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt. Sie ist ein Organismus, der sich aus der Vielheit von Einzelpersonen bildet, die sich zur Verfolgung eines mehr oder minder umfassenden Zwecks zur Einheit zusammengeschlossen haben. In den Lebensaktionen ihrer Organe, z. B. in dem Beschluß einer Versammlung oder in der Ausführungshandlung des Vorstandes, tritt sie gleich unmittelbar in Erscheinung, wie die Einzelpersonen in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand. Es besteht aber der Unterschied von der Einzelperson, daß auch ihr inneres Leben in das Rechtsgebiet fällt, weil die juristische Person ein zusammengesetztes Wesen ist, dessen Glieder und Organe selbst wieder Personen sind. Die Vertretung, die bei der juristischen Person stattfindet, ist demnach keine Stellvertretung des einen für den andern, sondern des Ganzen durch den Teil. Die Stiftungen, denen im Gegensatz hierzu die Rechtspersönlichkeit von außen eingepflanzt ist, sind Schöpfungen des Privatwillens, der hier die außerordentliche Macht erhalten hat, über seinen natürlichen Bestand hinaus einer dauernden, mit Vermögen dotierten Veranstaltung sich fort und fort zu verwirklichen[56]).

Im stärksten Gegensatz zu der Organtheorie steht die in jüngster Zeit von Rhode entwickelte Lehre. Rhode verneint in seiner Theorie von der Zweckbindung überhaupt die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person. Nach ihm kann nur etwas Reales Rechtssubjekt sein. Da er als Realitäten nur den Menschen und Sachen anerkennt, ist die juristische Person keine Rechtsperson. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine besondere Form der Zweckgebundenheit[57]). Diese Zweckgebundenheit konstruiert Rhode folgendermaßen: Grundsätzlich steht dem Rechtsträger das Recht — von gesetzlichen Beschränkungen abgesehen — zur freien Verfügung zu; er kann also die Befugnisse, die das Recht gewährt, jederzeit und für alle seine Zwecke ausnutzen. Er kann aber auch die Zwecke, denen das Recht dienen soll, zunächst einmal für sich und ohne Kundmachung nach außen vorher bestimmen, indem er sich entweder vornimmt, die Befugnisse des Rechtes negativ zur Deckung eines bestimmten Bedürfnisses nicht zu verwenden oder aber positiv gerade ein bestimmtes Bedürfnis damit zu decken. Zu diesem Entschluß kann noch eine äußere Absonderung des Gegenstandes, an dem das Recht besteht, hinzutreten: jemand legt etwa die Mieteinnahmen seines Hauses

55) Volks- und Juristenrecht, §§ 66 ff.; System des gem. deutschen Privatrechts, S. 267. Diese Theorie hat die meisten Anhänger, u. a. Preuß, a. a. O., S. 424, Endemann I, S. 171 ff., Dernburg, Allg. Lehren, S. 171 ff.

56) Gierke in Holtzendorffs Rechtslex. S. 422.

57) Rhode a. a. O., S. 163, 178.

für die Sommerreise zurück. Dieser rechtlich zunächst ganz unerhebliche Entschluß und Akt hat den Inhalt, daß der Rechtsträger für sich selbst diese Geldsummen an den gesetzten Zweck geknüpft hat; an diese Zweckbindung ist er, wenn man so sagen darf, insofern gebunden, als er zunächst seinen Entschluß wieder aufheben muß, wenn er die Geldsummen wieder seinen allgemeinen Zwecken oder einem anderen Sonderzweck zuführen will. An einen zweiten Sonderzweck kann er das Recht nur dann binden, wenn er den einen Zweck dem anderen unterordnet. Würde er das Recht zwei verschiedenen, gleichgeordneten Zwecken gleichzeitig widmen, so läge darin genau so ein Widerspruch in sich, wie wenn jemand gleichzeitig den Entschluß aufrechterhielte, eine bestimmte Vertragsofferte anzunehmen und abzulehnen[58]). Auch das Vermögen, welches ein Inbegriff von Rechten und Pflichten bedeutet, kann in dem eben dargelegten Sinne an einen bestimmten Zweck gebunden werden. Dieses zweckgebundene Vermögen ist nach der Begriffsentwicklung Rhodes eine Unterart des Individualvermögens. Rhode lehnt die übliche Scheidung der Zweckvermögen in solche der juristischen Person und unselbständige ab. Vielmehr entwickelt er einen stufenförmigen Aufbau der zweckgebundenen Vermögen, dessen Endpole auf der einen Seite das ungebundene Vermögen des Einzelmenschen und auf der anderen Seite die Stiftung bilden. Zwischen diesen bauen sich, geordnet nach den Gesichtspunkten: Einzel- und Gemeinschaftsvermögen, unorganisiertes und organisiertes, zusätzlich haftendes und alleinhaftend anonymes, kaum und unlösbar gebundenes Vermögen die Sondervermögen des Menschen auf, wobei bei der Stiftung alle Faktoren zur reinsten Ausbildung gelangen[59]). Innerhalb dieser Stufenfolge befinden sich die verschiedenen Arten der juristischen Person wie G. m.b.H., Aktiengesellschaft usw. jeweils an verschiedenem Platze. Durch diese Einordnung schaltet Rhode den Begriff der juristischen Person aus dem Rechtssystem aus.

58) Rhode a. a. O., S. 79.
59) Rhode a. a. O., S. 135.

2. Kapitel

Kritik der verschiedenen Konstruktionen.

§ 5.

Was die Kritik der verschiedenen Theorien betrifft, so wird zunächst die Fiktionstheorie abzulehnen sein. Denn wie Brinz[60]) richtig bemerkt, ist ein fingiertes Subjekt wissenschaftlich kein Subjekt. Ohne Subjekt aber wäre ein Recht im subjektiven Sinne ein Widerspruch in sich. Zudem könnte die Fiktion nur von Staate aus gehen, der selbst eine juristische Person ist, also seinerseits nicht erklärt würde. Es setzt somit die Fiktion das Vorhandensein von juristischen Personen voraus, statt sie zu erklären[61]). Auch fragt man sich, was nun durch die Fiktion verdeckt werde und wem nun die Rechte wirklich zustehen. Der Hauptfehler der Fiktionstheorie liegt aber in dem unbewiesenen Ausgangspunkt, daß nur der Mensch Träger von Rechten und Pflichten sein könne[62]), worauf weiter unten noch näher eingegangen werden muß.

Auch die Zweckvermögenstheorie von Brinz kann eine befriedigende Lösung des Problems nicht bringen. Einmal krankt auch diese Lehre an der Auffassung, daß nur der Mensch Rechtsträger sein kann. Dann erklärt sie höchstens das Gesamtvermögen, aber nicht die Struktur seiner einzelnen Bestandteile. Die persönlichen Rechte der Korporationen, wie das Recht auf Mitgliedschaft in einem anderen Verein, das Namensrecht, werden von ihr nicht klargestellt[63]). Brinz bringt aber auch eine unhaltbare Spaltung des subjektiven Rechts: steht es dem einzelnen zu, so kennzeichnet es sich als Willensmacht, steht es der Korporation zu, so ist es Zweckgebundenheit. Schwarz vermeidet zwar diesen Fehler der zwiespältigen Erklärung. Seine Lehre hat aber keine Grundlage im geltenden deutschen Recht[64]). Beide Lehren werden auch widerlegt mit dem Hinweis darauf, daß es Personen gibt, die überhaupt kein Vermögen besitzen. Die Existenz eines Vermögens bildet für die rechtsfähigen Vereine durchaus kein Erfordernis[65]).

---

60) Pandekten, I, §§ 59, 60.
61) Vgl. hierzu Oertmann, Allg. Teil, Vorbem. z. Titel 2, 2 c.
62) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 18; Lehmann, a. a. O., S. 381.
63) Vgl. Oertmann, a. a. O., Vorbem. z. Titel 2, 2 c.
64) Vgl. Lehmann, a. a. O., S. 382.
65) Westmann, a. a. O., S. 3.

Abgesehen von der sehr anfechtbaren Grundlage der Lehre Iherings, seiner Auffassung vom subjektiven Recht als geschütztem Interesse, kann man dieser Theorie mit Oertmann[66]) den berechtigten Vorwurf machen, daß sie an der meist völligen Unbestimmtheit und Unbegrenztheit der Subjekte krankt, wie sich besonders bei der Stiftung zeigt. Unhaltbar ist die Vorstellung, daß die durch die Stiftung begünstigten Personen, z. B. die versorgten Armen, einen Einfluß auf die Rechtsgestaltung hätten. Auch fehlt es hier an jedem Versuche, die unorganisierte Vielheit der Subjekte zu einer Einheit zusammen zu fassen. Letzteres gilt auch für die Lehre Meurers, der die Gesamtheit der Mitglieder, als Einheit gedacht, für berechtigt erachtet.

Auch die Hölder'sche und Binder'sche Auffassung ist abzulehnen. Einmal findet sich hier keine genügende Unterscheidung zwischen Korporationen und sonstigen Gemeinschaftsformen, besonders solchen mit beschränkter Haftung der Teilnehmer[67]). Dann ist der Hölder'sche Begriff der amtlichen Rechtszuständigkeit, auf dem er seine Theorie aufbaut, zum mindesten sehr problematisch. Wie Enneccerus[68]) richtig bemerkt, ist die Auffassung Hölders logisch möglich, widerspricht aber einer ganzen Reihe von Bestimmungen des BGB., so dem § 1 und den Regeln über Stellvertretung und Vormundschaft. Eine Durchführung würde zu unabsehbaren Schwierigkeiten führen, besonders in den Fällen der beschränkten und partiellen Geschäftsfähigkeit, beim Fehlen eines Vertreters, ferner bei Entstehung und Endigung der Vertretungsmacht. Bei Binder findet sich außerdem für die Grundlage seiner Lehre, daß das Rechtssubjekt kein Ding-, sondern ein Relationsbegriff sei, kein genügender Nachweis ihrer Richtigkeit.

Was nun die drei zuletzt aufgeführten Theorien betrifft, so sind die von Enneccerus vertretene Theorie der Zweckpersonifikation und die besonders von Gierke entwickelte Theorie der realen Verbandspersönlichkeit zunächst insoweit zu billigen, als sie die Wirklichkeit der juristischen Person betonen; denn die juristische Person besteht wirklich, wenn auch nur abstrakt. Die reale Existenz könnte ihr nur dann abgesprochen werden, wenn man nur das sinnlich Wahrnehmbare als real ansieht. Man wird aber nicht umhin können, auch das Abstrakte als wirklich bestehend anzunehmen[69]). Würde man nämlich nur demjenigen Realität zuschreiben, was von den äußeren Sinnen wahrgenommen wird, so würden, um mit Lasson[70]) zu sprechen, überhaupt keine Personen existieren. „Denn niemand hat jemals eine Person gesehen oder gehört. Was wir hören, sehen und tasten, ist der Leib der Person. Aus dem Tun und Treiben dieses Wesens schließen wir, daß es Selbstbewußtsein, Willen und

---

66) Allg. Teil, Vorbemerkung zum Titel 2, 2 c.
67) Oertmann, a. a. O., Vorbem. zum 2. Titel, Anm. 2 c.
68) Allg. Teil, § 76, Anm. 1 b.
69) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 18.
70) a. a. O., S. 128/29; vgl. auch Preuß, Dogm. Jahrb. 44, S. 424, ff.

Intelligenz habe, wie wir es selber von uns kennen, und deshalb nennen wir dieses Wesen eine Person." Es würde zu weit führen, hier den Realitätsbegriff noch weiter zu erörtern. Es genügt, festzustellen, daß die juristische Person in demselben Sinne real existiert, wie die physische Person. Beide existieren als die unumgänglich anzunehmenden Ursachen sinnfälliger Wirkungen[71]).

Diese real existierende Person ist auch Rechtsperson. Es bedarf hier nicht der Annahme, es sei eine bloße „Fiktion" des Gesetzgebers, wenn er die juristische Person überhaupt als Person gelten lasse und mit dem Menschen, der allein wirkliche Person sei, auf eine Stufe stelle[72]). Die Rechtsfähigkeit ist nicht eine natürliche Eigenschaft, die gerade dem Menschen eigen wäre, wie unbewiesen behauptet wird[73]), — denn dann hätten die Sklaven nicht rechtsunfähig sein dürfen — sondern sie bedeutet lediglich eine Rechtslage, in die das Gesetz jedes Wesen zu versetzen vermag. Auch der Mensch ist nicht Rechtsträger wegen seines Körpers, Geistes und seiner Eigenschaften als Mensch, sondern deshalb Inhaber subjektiver Rechte, weil ihn die Rechtsfähigkeit erst vom positiven Recht verliehen wurde[74]). Hiernach existiert also die juristische Person nicht nur real, sondern auch ihre Rechtspersönlichkeit ist etwas Wirkliches, und zwar in demselben Maß und Sinn, wie sie beim Menschen etwas Wirkliches ist[75]).

Mit dieser Feststellung ergibt sich auch eine Ablehnung der Theorie Rhodes, der weder die Realität noch die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person anerkennt.

Nicht zu billigen ist dagegen die von Gierke vertretene Auffassung über das Verhältnis der Organe zur juristischen Person, auf dem auch die Willens- und Handlungsfähigkeit seiner Verbandsperson beruht. Zum Unterschied vom Stellvertretungsverhältnis entwickelt Gierke, wie schon oben kurz gestreift wurde, die besondere Rechtsfigur der Organschaft[76]). Während bei der Stellvertretung ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten besteht, von denen das eine für das andere handelt, und die Rechtshandlungen des Vertreters zwar seine Handlungen sind, aber Rechtswirkungen haben, als wären sie Handlungen des Vertretenen, so soll bei der Organschaft die juristische Person selbst und unmittelbar handeln. Das Organ tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt dem Dritten gegenüber, sondern die juristische Person handelt durch das Organ. Sie bedient sich desselben, wie sich die physische Person des Mundes und der Hand bedient[77]). Hiernach ist

71) Lasson, S. 129. (Es wird hier „real" im Wundt'schen Sinne = „wirkend" gebraucht.
72) Cosack, 1. Band, S. 79.
73) z. B. von Windscheid, I, § 59.
74) So z. B. Leonhard in Birkmeyers Encykl, S. 100; Binder a. a. O. S. 73 und fast alle Anhänger der Organtheorie.
75) Vgl. Cosack, 1, Bd. S. 79.
76) Diese wird besonders scharf gegen die Angriffe Schloßmanns von Preuß im Dogm, Jahrb. Bd. 44, S. 129 ff, verteidigt.
77) Laband, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73, S. 187.

das Verhältnis der Organschaft, wie Oertmann[78]) es ausdrückt, monistisch, das der Vertretung dualistisch.

Gibt es aber überhaupt in unserm Rechtssystem einen von der Stellvertretung verschiedenen Begriff der Organschaft? Das Gesetz gibt darauf keine Antwort. Im § 26 Abs. 3 BGB. ist ausgesprochen, daß der Vorstand, der ja zweifellos „Organ" ist, die Stellung eines gesetzlichen Verterters hat. Damit ist aber noch kein Beweis dafür erbracht, daß der Vorstand nun etwas anderes ist als gesetzlicher Vertreter, also etwa das Gierke'sche Organ, und ihm deshalb vom Gesetz erst die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zugeschrieben werden muß. Es rechtfertigt sich vielmehr die Annahme von Tuhrs, daß der Gesetzgeber es hier nur hat vermeiden wollen, den Vorstand direkt als gesetzlichen Vertreter zu bezeichnen, mit Rücksicht auf die zur Zeit der Abfassung des BGB. und jetzt noch herrschenden Doktrin der Organtheorie[79]). Auf dieser Rücksichtnahme beruht auch der Gebrauch des Ausdrucks „Organ" im Gesetz (z. B. im § 32 BGB.). Man hat sich auch für die Organtheorie auf den Sprachgebrauch des Lebens berufen. Regelsberger[80]) ist der Ansicht, man könne nicht davon sprechen, daß der minderjährige N. N. oder geisteskranke N. N. das Grundstück gekauft habe. Dagegen ist es geläufig zu sagen, daß die Stadt ein Darlehn aufnimmt und die Aktiengesellschaft ein Grundstück erwirbt. Aber der Sprachgebrauch kann für die Verschiedenheit zweier Rechtsbegriffe nicht unbedingt entscheidend sein; außerdem lehrt die Erfahrung, daß beide Redewendungen üblich sind und im gleichen Sinne verstanden werden.

Wenn tatsächlich der begriffliche Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung, wie ihn die Anhänger der Organtheorie verfechten, bestünde, so müßten sich hier praktische Konsequenzen ergeben. Bei einer so scharfen begrifflichen Trennung muß sich ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung zeigen. Tatsächlich werden aber alle wesentlichen Rechtssätze der Vertretungslehre auf die Organe angewendet. Ein Unterschied ist nur in der unbedingten Haftung der juristischen Person des § 31 BGB. für schädigende Handlungen ihrer Zentralorgane zu finden, während für Delikte des Vertreters nur mit Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 BGB. gehaftet wird. Damit ist aber keineswegs, wie die Darstellungen der Organtheorie behaupten[81]), erwiesen, daß § 31 BGB. auf der theoretischen Auffassung des Organs beruht. Viel naheliegender ist die Erklärung, daß die juristische Person nicht deshalb haftet, weil sie durch Hand oder Mund des Vorstandes gehandelt und daher selbst Schaden angerichtet hat, sondern weil es billig und recht erscheint, daß eine Vermögensmasse, welche die Vorteile der Verwaltung genießt, auch den durch diese Verwaltung angerichteten

78) Allg. Teil, § 26, Anm. 5a.
79) Vgl. v. Tuhr, 1. Bd., S. 466. Protokolle, Bd. 1, S. 509.
80) Pandekten I, S. 383.
81) z. B. Oertmann, Allg. Teil, Vorbem. zu 2c.

Schaden tragen soll, wie es ja auch bei dem Vermögen eines Einzelsubjekts der Fall ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß bei der juristischen Person das Organ, z. B. der Vorstand, häufig eine viel weitere Möglichkeit hat, in die Interessen Dritter schädigend einzugreifen, als er es in seiner Eigenschaft als Privatperson tun könnte. Es wäre direkt unbillig, für diesen Schaden nur ihn mit seinem vielleicht kleinen Privatvermögen haften zu lassen[82]). Mit der erweiterten Haftung wird auch die juristische Person nicht etwa benachteiligt, sondern dem Privatbetriebe lediglich gleichgestellt[83]).

Endlich würde sich, falls man an der Organtheorie festhalten würde, eine unhaltbare Konsequenz ergeben. Aus der monistischen Art der Organschaft ergibt sich, worauf besonders Schloßmann[84]) hinweist, die Unmöglichkeit von rechtlichen Beziehungen, insbesondere obligatorischen Beziehungen, zwischen dem Organ und der juristischen Person, ein Ergebnis, das dem geltenden Recht widersprechen würde. Denn unzweifelhaft existiert ja ein gegenseitiges Verhältnis, z. B. ein Dienstvertrag, zwischen den mit „Organ" bezeichneten Personen und der juristischen Person.

Gegen die Organtheorie spricht ferner § 181 BGB., welcher gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB. auf den Vorstand zur Anwendung kommt. Auf Grund dieser Vorschrift kann der Vorstand im Namen des Vereins mit sich in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen, wenn es ihm gestattet ist oder das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Der Abschluß eines derartigen Rechtsgeschäfts wäre aber begrifflich ausgeschlossen, wenn der Vorstand Organ im Gierkeschen Sinne wäre, d. h. ein Bestandteil des Vereins bilden würde. Wenn trotzdem diese Vorschrift auf den Vorstand zur Anwendnug kommt, so ergibt sich daraus, daß der Vorstand dem Verein gegenüber eine selbständige Person ist und demnach nur Vertreter sein kann[85]).

Es gibt keinen Begriff des Organs, der von dem des Vertreters durch eine scharfe begriffliche Grenzlinie getrennt ist, wie die Organiker behaupten[86]).

Allerdings wird man den Vertretern der Organtheorie mit Rümelin[87]) eine Konzession machen. Von Stellvertretung kann nur dann die Rede sein, wenn es sich um ein Geschäft des Vertreters im Namen des Vertretenen mit einem Dritten handelt. Es muß zugegeben werden, daß sich die Tätigkeit der mit „Organ" bezeichneten Personen nicht im Auftreten als Stellvertreter erschöpft.

---

82) Vgl. von Tuhr, I. Bd. 1, S. 464, Anm. 39.

83) von Tuhr, I, 1, S. 464; Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 20, auch in Birkmeyers Encykl., S. 101.

84) Dogm. Jahrb. Bd. 44, S. 301; ebenso Broicher, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 24, S. 195.

85) Vgl. Broicher, a. a. O., S. 214; Westmann a. a. O., S. 22.

86) Rümelin Zweckv. u. Gen. S. 96; Meurer a. a. O., S. 152; von Tuhr I, 1, S. 465; Hölder Natürl. u. jur. Pers., S. 59/60; Biermann I, S. 461; Broicher, a. a. O., S. 195; Kelsen, Hauptprobleme, S. 709 und Allg. Staatsl. S. 268; (Kelsen findet für Organschaft und Stellvertretung den gleichen Nenner der „Rechtlichen Zurechnung").

87) Rümelin, Zweckverm. u. Gen., S. 84.

Man darf nicht verkennen, daß die Organe nicht nur nach außen hin tätig sind, sondern auch das innere Leben der juristischen Person erzeugen. Neben der Vertretung umfaßt ihre Tätigkeit auch das Gebiet der Geschäftsführung. Wer z. B. in einer Generalversammlung präsidiert, wird deshalb nicht als Stellvertreter der juristischen Person zu bezeichnen sein. Gierke[88]) weist mit Recht darauf hin, daß auch die Mitgliederversammlungen und die repräsentativen Ausschüsse schlecht als Stellvertreter der juristischen Person bezeichnet werden können. Gegen eine Bezeichnung mit „Organ" ist hier nichts einzuwenden, ebensowenig dagegen, daß dieser Ausdruck gebraucht wird, um einen gewissen Kreis von mit Wirkung für die juristische Person handelnden Menschen zu umfassen, wobei unter Organ aber immer nur eine passende Namensgebung und kein von der Stellvertretung verschiedener Rechtsbegriff zu verstehen ist[89]).

Aufs engste mit der Frage der Vertretung ist die Frage nach der Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person verknüpft. Zunächst kann gesagt werden, daß aus der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person für deren Handlungsfähigkeit noch nichts folgt, wie Gierke[90]) und Rehbein[91]) behaupten. Wie die Bestimmungen des BGB. über die Geschäftsfähigkeit des § 104 BGB. zeigen, ist keineswegs mit der Rechtspersönlichkeit Willens- und Handlungsfähigkeit stets verbunden. Erst recht nicht kann für die Handlungsfähigkeit etwas aus dem Begriff des Realen geschlossen werden. Ebensowenig kann anderseits mit Eck[92]) daraus, daß die rechtsfähigen Vereine bei der Aufzählung der Geschäftsunfähigen im § 104 BGB. nicht genannt sind, die Handlungsfähigkeit der Vereine gefolgert werden; denn § 104 BGB. enthält keine Bestimmung über juristische, sondern nur über natürliche Personen[93]). Die Anhänger der Organtheorie suchen auch aus § 31 BGB. eine eigene Delikts-, Willens- und Handlungsfähigkeit des rechtsfähigen Vereins zu entwickeln. Sie sehen diese Bestimmung als Ausfluß des Wesens der juristischen Person an. Es ist aber schon gesagt worden, daß die Haftungsverbindlichkeit der juristischen Person sich nicht aus dem Begriffe und der Rechtslogik ergibt, sondern nur in den durch die moderne Entwicklung hervorgerufenen wirtschaftlichen Bedürfnissen ihren Grund haben kann[94]). Lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen ist die Haftung des Vereins für eine besondere Art der gesetzlichen Vertreter über die Haftung der natürlichen Person hinaus ausgedehnt worden[95]). Auch Autoren, welche die Organtheorie bekämpfen, wie z. B. Enneccerus[96]), vertreten die

---

88) Genossenschaftstheorie, S. 618, Anm. 1.
89) Rümelin, Zweckverm. u. Gen., S. 84.
90) Genossenschaftstheorie, S. 608.
91) a. a. O., S. 45.
92) a. a. O., I. Bd. S. 87.
93) Ebenso Broicher, a. a. O., S. 213; Meurer a. a. O., S. 160.
94) Vgl. Westmann, a. a. O., S. 14, Leonhard in Birkmeyers Encykl., S. 101.
95) Broicher, a. a. O., S. 213.
96) I. Bd., S. 461.

Auffassung von der Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person. Wenn Enneccerus, wie schon erwähnt, sich die juristische Person als Rechts- und Willenssubjekt denkt, so muß ihm mit Biermann entgegengehalten werden, daß eine nur gedachte Person unmöglich handeln kann[97]). Stinzing[98]) schreibt der juristischen Person eine besondere Art von Handlungsfähigkeit, „potentielle Handlungsfähigkeit" zu. Er versteht darunter schlechthin „die Möglichkeit, daß durch Rechtshandlungen der nach der Rechtsregel berufenen Menschen bestimmend auf die Einheit von Rechten und Pflichten eingewirkt werde, daß also durch deren Handeln und Verhalten Rechtsverhältnisse, an denen die juristische Person aktiv oder passiv beteiligt ist, begründet, verändert oder aufgehoben werden". Er muß sich aber von Meurer[99]) entgegenhalten lassen, daß diese sogenannte potentielle Handlungsfähigkeit eben keine Handlungsfähigkeit ist.

Bei der hier vertretenen Konstruktion der juristischen Person kann keine Handlungsfähigkeit der juristischen Person in dem Sinne angenommen werden, daß die juristische Person handlungsfähig neben dem sie vertretenden Organ steht. Es fehlt ihr der die Handlungsfähigkeit voraussetzende psychophysische Wille, den nur der Mensch besitzt[100]). Ohne weiteres leuchtet dies bei der Stiftung ein. Beim Vereine, dessen Mitglieder selbst Beschlüsse fassen können, könnte man an den Willen der einzelnen Mitglieder denken. Dieser kann aber nicht als psychologischer Gesamtwille der juristischen Person aufgefaßt werden, was sich schon daraus ergibt, daß ein Majoritätsbeschluß psychologisch nicht als Gesamtwillen der ganzen abstimmenden Körperschaft betrachtet werden kann, da eine gemeinsame Willensrichtung nur bei der Majorität angenommen werden könnte[101]). Es wird hiernach auch bei der Korporation die Handlungsfähigkeit in dem oben dargelegten Sinne zu verneinen sein.

Die hier vertretene Auffassung vom Wesen der juristischen Person des Privatrechts geht demnach dahin, daß sie wirklich existierende Rechtspersönlichkeit ist, welche, da handlungsunfähig, durch Vertreter vertreten wird.

Hat nun diese juristische Person die Fähigkeit, Besitzer zu sein? Kann ihr überhaupt Besitz zugeschrieben werden? Besitzer ist, der die tatsächliche Gewalt hat. Daraus würde folgen, daß jemand, der

---

97) Biermann, I. Bd., S. 293.
98) Stinzing, a. a. O., S. 395.
99) a. a. O., S. 261.
100) So auch von Tuhr I, 1, S. 461. Auch Binder, a. a. O., S. 79 verneint das Vorliegen des psychischen Willens, ist aber der Ansicht, daß die dem subjektiven Rechte zugrunde liegende Willensmacht keinen Willen im psychologischen Willen voraussetze. Wie von Tuhr auch Westmann, a. a. O., S. 3 ff. und für das öffentliche Recht Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 162 ff. Nach Haff a. a. O., S. 24 und den Organikern liegt auch bei der juristischen Person ein psychologischer Wille vor.
101) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 196; vgl. betr. die genossenschaftlichen Willensbildungen besonders Haff a. a. O.

die Fähigkeit, die physische Kraft nicht hat, eine tatsächliche Herrschaft über die Gegenstände seiner Umwelt auszuüben, auch nicht des Besitzes fähig ist[102]). Dies mag unbedenklich für die natürlichen Personen gelten. Auch die juristische Person ist handlungsunfähig. Sie kann ohne ihre Vertreter weder tatsächliche noch rechtliche Handlungen vornehmen. Kniep[103]) nimmt daher, allerdings mit dieser Auffassung allein dastehend, an, daß die juristische Person besitzunfähig ist. Kreß[104]) hilft sich, indem er den Besitz in Verkehrs- und juristischen Besitz spaltet und der juristischen Person den juristischen Besitz zu schreibt, eine unhaltbare Auffassung, da unser heutiges Recht diese Unterscheidung nicht kennt. Mit Recht wird allgemein, auch von den Gegnern der Organtheorie, eine Besitzfähigkeit der juristischen Person angenommen, obwohl sie selbst keine tatsächliche Herrschaft ausüben kann. Eine entgegengesetzte Auffassung würde auch dem geltenden Recht widersprechen, das in § 983 BGB. einen Besitz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften anerkennt. Die juristische Person ist also nach positivem Recht besitzfähig. Es ist dies im dritten Teile näher darzulegen und zu begründen.

---

102) Vgl. hierzu Förtsch a. a. O., S. 545.
103) a. a. O., S. 53.
104) a. a. O., S. 185.

III. Abschnitt.

Besitz der juristischen Person.

1. Kapitel

Entwicklung der Grundsätze des Besitzerwerbs durch Mittelspersonen.

§ 6.

Nachdem im vorigen Abschnitt zum Wesen der juristischen Person allgemein Stellung genommen wurde, so ist jetzt die Frage nach ihren Besitzverhältnissen zu beantworten. Um überhaupt vom Besitz der juristischen Person reden zu können, muß ein tatsächliches Verhältnis zwischen der juristischen Person und der Sache bestehen. Naturgemäß kann dies aber nur eine tatsächliche Beziehung gewisser Menschen zu der Sache sein. Genauer formuliert lautet daher die jetzt zu beantwortende Frage: Wie liegen die Besitzverhältnisse der juristischen Person, wenn die Organe, vom Vorstand bevollmächtigte Personen, sonstige Hilfskräfte oder einzelne Mitglieder in einem tatsächlichen Verhältnis zu Sachen der juristischen Person stehen oder in ein solches Verhältnis treten, welches mangels einer Beziehung der betreffenden Personen zur juristischen Person Besitz dieser Personen an den Sachen sein würde?

Die Organe vertreten die juristische Person wie ein gesetzlicher Vertreter einen Handlungsunfähigen vertritt. Auch die vom Vorstand bevollmächtigten Personen, die Vertreter zweiten Ranges, wie man sie zweckmäßig bezeichnet[105]), vertreten die juristische Person nach den Grundsätzen der Stellvertretung. Sie stehen der juristischen Person gegenüber wie einem Einzelnen als Vollmachtgeber. Sie vertreten nicht etwa die Organe, welche sie bevollmächtigt haben, sondern die juristische Person[106]), wie ein vom Vormund Bevollmächtigter ja auch nicht den Vormund, sondern das Mündel vertritt. Es muß daher zur Lösung der Aufgabe auf die in Wissenschaft und Praxis entwickelten Grundsätze über Vertretung im Besitzerwerbe bezw. im Besitze eingegangen werden und im letzten Kapitel ihre Anwendbarkeit auf die Vertretung der juristischen Person geprüft werden.

---

105) So Meurer a. a. O., S. 152.

106) Planck, I. Bd., § 26, Anm. 5; Entscheidung des Kammergerichts, Bd. 32 A., S. 187.

Die zunächst aufstoßende Frage ist die, ob die in den §§ 164 ff. BGB. normierten Grundsätze über die Stellvertretung auch für den Besitz direkt oder analog Anwendung finden können. Mit Recht wird dies für den Erwerb nach § 854 Abs. 1 BGB. von der herrschenden Meinung[107]) verneint. Die §§ 164 ff. BGB. regeln nur die Vertretung in der Abgabe von Willenserklärungen, wie sich ja schon aus ihrer Stellung im 5. Titel des BGB. ergibt, der von dem Begriff der Willenserklärung ausgeht. Zum Tatbestand des Besitzerwerbes nach § 854 Abs. 1 BGB. gehört aber, wie im ersten Abschnitt festgestellt wurde, kein auf die Erlangung des Besitzes gerichteter Wille, geschweige denn eine Erklärung dieses Willens. Es sind daher andere Auffassungen, welche eine direkte oder analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB. für möglich halten[108]), abzulehnen.

Anders ist dies bei einem Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 BGB., da zum Tatbestande dieser Vorschrift die Einigung des bisherigen Besitzers mit dem Erwerber gehört. Die rechtliche Natur dieser Einigung ist bestritten, und zwar geht der Streit darum, ob sie Willenserklärungen im technischen Sinne enthält und deshalb als Vertrag aufzufassen ist. Man wird davon ausgehen, daß die sachenrechtliche Einigung allgemein ein Rechtsgeschäft ist[109]), also die Existenz eines dinglichen Vertrages anerkennen. Aber nun fragt es sich wieder, ob hier ein Vertrag über ein dingliches Recht vorliegt. Man wird dies bejahen, wenn man den Besitz als ein absolutes Recht oder eine Rechtsposition ansieht. Es liegen dann zwei kongruente Willenserklärungen im technischen Sinne vor, da der erklärte Wille beider Parteien auf denselben rechtlichen Erfolg, den Wechsel in das Besitzrecht oder die Rechtsposition des Besitzers gerichtet ist[110]). Faßt man dagegen den Besitz als Tatsache auf, was, wie im ersten Abschnitt festgestellt wurde, richtig ist, so sind die erklärten Willen der Parteien nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet. Es liegen damit auch keine Willenserklärungen im technischen Sinne und damit kein Vertrag vor. Damit unterscheidet sich die Besitzeinigung des § 854 Abs. 2 BGB. wesentlich von der sonst im Sachenrecht vorkommenden Einigung (z. B. in §§ 880, 929 BGB.). Da sie sich aber immerhin als eine auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Willensübereinstimmung der Parteien darstellt und praktische Gründe dies fordern (z. B. die Anfechtungsmöglichkeit bei Willensmängeln), wird man eine analoge Anwendung der für die Verträge geltenden Vorschriften zulassen müssen[111]). Es sind hiernach bei einem Besitzerwerbe nach § 854 Abs. 2 BGB. die Vorschriften über Geschäfts-

---

107) u. a. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 57; Manigk, W. E. u. W. G., S. 656 und 676; Rosenberg, a. a. O., § 854, Anm. V.

108) Z. B. Kreß, a. a. O., S. 326 ff.; Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis 93, 190 ff.

109) So h. M. z. B. Strohal, a. a. O., S. 81, Cosack, Sach. § 187 I 4; Dernburg, Sach. § 18, Anm. 24; Last, a. a. O., S. 74; Stöver, a. a. O., S. 167 ff.; Bruck, a. a. O., S. 20.

110) was auch bestritten wird; vgl. hierzu Bruck, a. a. O.

111) So Biermann, Sach. § 854, Anm. 7; Rosenberg, a. a. O., § 854, Anm. II, 2e.

fähigkeit, Willensmängel, Bedingung und die hier in Frage stehende Vertretung analog anzuwenden. Voraussetzung für die Anwendung des § 854 Abs. 2 BGB. ist aber, und dies muß besonders betont werden, immer, daß der Erwerber die Möglichkeit hat, die tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben.

Anschließend hieran wird zu prüfen sein, ob nicht eine Besitzeinigung zugunsten Dritter möglich ist. Diese Frage ist umstritten. Zunächst ist festzustellen, daß eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften der §§ 328 ff. BGB. auf das Gebiet des Sachenrechts nicht stattfinden kann. Die genannten Bestimmungen sind ihrer Stellung im System und ihrem Wortlaut nach nur auf solche Verträge anwendbar, die ein Schuldverhältnis, d. h. ein Recht oder eine Verpflichtung zu einer Leistung begründen. Die im Sachenrecht zur rechtsgeschäftlichen Entstehung dinglicher Rechte in der Regel erforderliche Einigung, der dingliche Vertrag, begründet aber kein Recht oder eine Verpflichtung zu einer Leistung. Planck[112]) erklärt die §§ 328 ff. BGB. nur bei den von Strohal[113]) als Aequivalentverfügungen bezeichneten Verfügungen für anwendbar. Es handelt sich hierbei um solche, welche unmittelbar, ohne Hinzutritt eines weiteren Rechtsgeschäfts zum Wertausgleich zwischen den Parteien führen. Man wird sich aber auch im übrigen der ausdehnenden Anwendung auf das Sachenrecht entgegen der herrschenden Meinung[114]) nicht verschließen können. Einmal beschränkt das Bürgerliche Gesetzbuch das Institut der Verträge zugunsten Dritter nicht auf das Schuldrecht, wie die Zulässigkeit von Erbverträgen zu-Gunsten Dritter im § 1941 BGB. zeigt. Wenn gegen die Anwendbarkeit im Sachenrecht angeführt wird, daß man niemanden ohne seinen Willen Rechte aufdrängen dürfe, so kann dies gegenüber § 333 BGB. keinen Bestand haben. Im übrigen würde dieser Grund insbesondere hinsichtlich der Besitzeinigung nicht durchschlagen können, da das Gesetz zum Besitzerwerbe nicht notwendig einen Willen fordert. Der Einwand aber, der dingliche Vertrag verlange eine Einigung des Verfügenden und des anderen Teils (z. B. § 873) und daraus folge, daß „der andere Teil" und der Erwerber des Rechts identisch sein müßten[115]), ist als reine Wortinterpretation aufzufassen[116]). Ueberdies ergibt sich aus der Fassung des § 873 BGB. gar nicht einmal, daß das Recht gerade für den Vertragsgegner bestellt werde. Daß aber der zugunsten eines Dritten geschlossene Vertrag auch einen sachenrechtlichen Erwerb herbeiführen kann, ergibt sich aus § 952 BGB., worauf besonders Strohal[117]) hinweist. Es erwirbt hier der Dritte mit der zu seinen Gunsten begründeten Forderung zugleich auch das Eigentum an dem

112) II. Bd., 2. Hälfte, Vorbemerkung zu § 328, V, 1.
113) D. J. Z. 1909, S. 1036 ff.
114) Hellwig, a. a. O., S. 53; Turnau-Förster, § 854, Anm. 4; Busch-Erler, § 854, Anm. 4; RG. 66, S. 97 ff.
115) So z. B. Busch-Erler, § 328, Anm. 1.
116) Rosenberg in D. J. Z. 1912, S. 542.
117) a. a. O., S. 86 ff.

vom Schuldner über diese Forderung ausgestellten Schuldschein. Im übrigen würde aber auch die Anwendung der Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht einem wesentlichen Verkehrsbedürfnis Rechnung tragen und es ist unvorstellbar, daß das Gesetz ihre Anwendung nicht zulassen wollte, zumal auch das früher in Deutschland geltende Recht sachenrechtliche Verträge zugunsten Dritter gekannt und anerkannt hat[118]). Wenn z. B. der Schuldner die geschuldeten Sachen zwecks Schuldtilgung hinterlegt (§§ 372 ff. BGB.), so enthält dies zugleich einen Vertrag auf Uebereignung dieser Sachen an den Gläubiger, durch den dann bei der Aushändigung Eigentum übertragen wird. Ferner kann bei den Abfindungsleistungen, die bei einer Gutsübergabe an Angehörige ausbedungen werden und bei denen ohne weiteres eine Berechtigung des Dritten anzunehmen ist (§ 330 Abs. 2), auch die Vereinbarung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts gehören[119]).

Hiernach ist also auch eine Besitzeinigung zugunsten Dritter zulässig. Voraussetzung ist aber auch hier, daß der Dritte die Möglichkeit hat, die tatsächliche Herrschaft über die Sache zu erlangen.

Weiter sieht man in § 868 BGB. eine Möglichkeit, einer anderen Person Besitz, wenn auch nur mittelbaren, zu verschaffen.

§ 868 BGB. bestimmt: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Hiernach wird ein Rechtsverhältnis vorausgesetzt, welches den Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet. Damit nun aber der mittelbare Besitz an einer Sache besteht, muß das Rechtsverhältnis zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Mittler gerade diese Sache ergreifen. Dieses Erfordernis ist ohne weiteres gegeben, wenn die Sache von dem mittelbaren Besitzer dem Mittler bei Verabredung eines dem § 868 BGB. entsprechenden Rechtsverhältnisses oder zur Ausführung eines bereits früher begründeten derartigen Verhältnisses übergeben worden ist. Die Sache braucht aber nicht gerade vom mittelbaren Besitzer an den Mittler gekommen sein. Würde man, wie z. B. Endemann[120]), annehmen, daß der mittelbare Besitz immer nur durch Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz entstehen könnte, nie aber originär aus einer Handlung des Mittlers, so würde man seine Bedeutung außerordentlich mindern. Der Verpächter eines Gutes wäre nur mittelbarer Besitzer der Sachen, die sich bei der Aushändigung darin befunden haben. Die neu angeschafften könnte er nicht einfordern, wenn sie verloren gingen, insbesondere nicht ersetzen[121]). Aus demselben Grunde wird die

---

118) Vergl. RG. 47, S. 35 ff.
119) Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 375.
120) a. a. O., 2. Bd., § 31, 1c.
121) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 61.

Auffassung, daß der Mittler seinen Besitz vom Oberbesitzer ableiten müsse[122]), abzulehnen sein. Hiergegen spricht auch § 870 BGB., wonach der mittelbare Besitz auf einen anderen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann. Das Rechtsverhältnis braucht nicht notwendig rechtsgültig zu sein. Wer z. B. von einem Wucherer genötigt wird, ihm ein Grundstück für einen geringen Zins zu verpachten, ist mittelbarer Besitzer[123]). Nicht erforderlich und auch nicht ausreichend ist für die Schaffung des mittelbaren Besitzes ein bestimmt gerichteter Wille[124]). Dies ergibt sich schon daraus, daß dieser bei allen Rechtsverhältnissen, welche auf Grund des Gesetzes entstehen, fehlt. Neben dem Merkmal der Berechtigung und Verpflichtung zum Besitz halten einige[125]) noch für erforderlich, daß die Sache dem Mittler anvertraut sein müsse. Dies ist aber nicht richtig, da bei konsequenter Durchführung dieser Ansicht mittelbarer Besitz nur dann angenommen werden kann, wenn sich die Sache vorher in unmittelbaren Besitz des mittelbaren Besitzers befunden hat und von ihm an den Mittler übergeben worden ist. Das andere Merkmal liegt vielmehr darin, daß der Mittler den Besitz immer auf Kosten des fremden Vermögens erwirbt und daß immer der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer bringt. Dieses Opfer besteht in den meisten Fällen in der Ueberlassung des Besitzes. Es kann aber auch in einer anderen Vermögensminderung bestehen, z. B. darin, daß er eine Forderung verliert oder eine Schuld erlangt. Das erstere liegt z. B. vor, wenn der Bevollmächtigte eine Forderung einzieht, das letztere, wenn er eine Sache im Namen des Herrn kauft und sich übergeben läßt[126]).

Während beim Besitzerwerbe nach § 854 Abs. 2 BGB. eine Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB. möglich ist, erwirbt nach § 868 BGB. der Mittler den unmittelbaren Besitz für sich selbst und für den Herrn nur den mittelbaren, so daß hier also gar keine wirkliche Vertretung vorliegt. Dagegen findet sich eine solche bei den Verhältnissen des § 855 BGB.:

> Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

§ 855 BGB. regelt die Besitzdienerschaft[127]). Auf der einen Seite des hier vorausgesetzten Verhältnisses steht der besitzende

---

122) So z. B. Wendt, Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 87, S. 44 ff.

123) So h. M., z. B. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 71.

124) So h. M., z. B. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 71; Rosenberg, a. a. O., § 854, Anm. II, 2b; Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 93, S. 183.

125) z. B. Strohal, a. a. O., S. 20 ff.; Endemann, Sach. § 311, c; Gaertner a. a. O., S. 148 ff.

126) Vgl. hierzu Leonhard, Fahrniserwerb, S. 61, 62, ferner Geißler a. a. O.; dagegen Isay, a. a. O., S. 274.

127) Der von Bekker geprägte und auch hier gebrauchte Ausdruck. (Bekker Dog. Jahrb., Bd. 34, S. 42); von Heck mit Dienergewahrsam bezeichnet. (Heck, a. a. O., § 7.)

Herr, auf der anderen der Besitzdiener[128]), Besitzgehilfe[129]), Besitzhelfer[130]) oder Besitzhalter[131]), Ausdrücke, welche alle dasselbe bezeichnen. Die hier getroffene Besitzregelung ist äußerst umstritten. Zunächst besteht über das Verhältnis des § 855 BGB. zu § 854 BGB. keine einheitliche Auffassung. Dies beruht auf dem unklaren Wortlaut des Paragraphen. Es fragt sich, ob in § 855 BGB. eine Klarstellung oder Ergänzung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt enthalten ist oder ob sich darin eine Ausnahme befindet, indem hier jemand, obwohl er tatsächliche Gewalt nicht hat, doch Besitzer ist. Die Vertreter der ersten Auffassung[132]) begründen diese damit, daß aus der Bestimmung des § 856 BGB. über die Beendigung des Besitzes hervorgehe, daß der Besitzer des § 855 auch die tatsächliche Gewalt haben müsse; andernfalls wäre § 856 BGB., der die einzige Bestimmung über die Beendigung des Besitzes enthalte, auf seinen Besitz nicht anwendbar. Auch berufen sie sich auf die Begründung des Kommissionsbeschlusses[133]), wo ausgesprochen sei, daß § 855 keine Aenderung, sondern eine Erklärung des § 854 bezwecke. Dieser Auffassung kann aber zunächst entgegengehalten werden, daß der angezogene Kommissionsbeschluß im weiteren Fortgange seiner Begründung die in § 855 bezeichneten Fälle gerade als Ausnahme von dem Grundsatz bezeichnet, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt habe, als Besitzer anzusehen sei. Vor allem führt diese Auffassung zu unverständlichen Ergebnissen. Man dürfte z. B. einen Diener, der sich ganz allein Wochen hindurch in einer Villa aufhält und diese bewacht, nicht als tatsächlichen Gewalthaber ansehen[134]). Es wird § 855 BGB. als eine — sicherlich berechtigte — Ausnahmevorschrift zu betrachten sein.

Nach der hier vertretenen Auffassung hat also der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt und nicht der Herr, dem der Besitz zugeschrieben wird. In § 855 BGB. ist ausnahmsweise trotz äußerer Herrschaft der Besitz ausgeschlossen[135]). Zugleich ergibt sich auch hier eine brauchbare Unterscheidung für das bei Ihering mit momentaner Detention, von Leonhard mit beaufsichtigter Innehabung bezeichnete Verhältnis, welches z. B. vorliegt, wenn jemand im Gasthaus ein Eßbesteck benutzt. Hier hat der Gast unter der Aufsicht des Besitzers inne, bei dem die tatsächliche Gewalt steht[136]).

---

128) Bekker, a. a. O., S. 32.
129) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 81.
130) v. Staudinger, Sach. 1. Teil, § 855, 1.
131) Endemann, Sach., S. 167.
132). z. B. Planck, Sach., § 855, Anm. 1, Bruns, a. a. O., S. 143.
133) Protokolle, III, S. 31.
134) Beispiel von Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63.
135) So Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63; Eck a. a. O., 2. Bd., S. 8, Anm.1; Förtsch a. a. O., S. 584.
136) Vergl. Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 116.

Was nun die Voraussetzungen des § 855 BGB. betrifft, so wird zunächst verlangt, daß der Besitzdiener die Gewalt für den Besitzherrn in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Herrn Folge zu leisten hat.

Unter Haushalt wird man den ganzen Umkreis hauswirtschaftlicher Tätigkeit zu verstehen haben. Nicht wird etwa die Zugehörigkeit des Besitzdieners zur „häuslichen Gemeinschaft", wie sie in den §§ 617, 618 Abs. 2, 1567 Ziffer 2 BGB. gemeint ist, oder zum „Hausstand" des § 1617 BGB. gefordert. Es umfaßt also der Kreis der zur hauswirtschaftlichen Tätigkeit gehörenden Personen auch solche, die nur vorübergehend im fremden Haushalt tätig sind. Unter Erwerbsgeschäft wird man jede auf Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit von einiger Dauer verstehen, also die Betriebe des Handels, der Industrie, des Handwerks, der Land- und Forstwirtschaft usw[137]). Haushalt und Erwerbsgeschäft sind nur Beispiele, um den in § 855 BGB. zugrunde liegenden Gedanken zu veranschaulichen. Auch sonstige Verhältnisse können die Besitzdienerschaft begründen. Das Gesetz verlangt, daß sie dem Haushalt und dem Erwerbsgeschäft ähnlich sind und den Besitzdiener verpflichten, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten[138]).

Das Gemeinsame der in § 855 aufgeführten Verhältnisse ist das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners vom Besitzherrn[139]), vermöge dessen der Diener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Herrn Folge zu leisten hat. Charakteristisch ist für das Abhängigkeitsverhältnis, daß auf der einen Seite das Befehlsrecht des Herrn, auf der anderen Seite die entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners steht[140]). Es besteht hier also nicht ein Verhältnis der Gleichordnung, sondern ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung. Dies findet sich nach hergebrachter Auffassung[141]) im Gebiete des öffentlichen Rechts; im Privatrecht dagegen nur bei einigen familienrechtlichen Verhältnissen, z. B. beim Verhältnis der Eltern zu den Kindern. Hieraus kann der Schluß gezogen werden, daß ein privatrechtliches Verhältnis zwischen Herr und Diener nicht für die Begrenzung des Abhängigkeitsverhältnisses entscheidend sein kann[142]). Man wird aber noch weiter gehen können und feststellen, daß zur Begründung des Unterordnungsverhältnisses gar

137) Rosenberg, § 855 II, 2, a.

138) Daß „sofort" Folge zu leisten ist, wie Bekker (Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 42) verlangt, ist, wie Biermann (Sach. § 868 Anm. 3) bemerkt, teils nicht ausreichend, teils willkürlich zur Unterscheidung von § 868 BGB.

139) Rosenberg, a. a. O., S. 42.

140) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63; Bekker in Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 42 ff.

141) nach dem von Otto Mayer begründeten Dogma; anderer Ansicht ist die moderne, besonders von Kelsen vertretene Auffassung.

142) Vgl. hierzu Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63.

kein Rechtsverhältnis nötig ist. Eine rechtlich bindende Verpflichtung, welche z. B. Gaertner[143]) hier für notwendig hält, braucht für den Diener nicht zu bestehen[144]). Das Gesetz spricht nur von Verhältnis, und nicht von Rechtsverhältnis. Es wollte damit das rein tatsächliche Verhältnis zwischen Herr und Diener genügen lassen[145]). Die von Gaertner vertretene Auffassung würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß Personen, die nur in verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Beziehungen zum Besitzherrn stehen oder aus Gefälligkeit sich in dessen Haushalt betätigen, als Besitzherr der in ihrer Gewalt stehenden Sachen des Herrn anzusehen wären, während die durch das Rechtsverhältnis viel stärker an den Herrn gebundenen Personen nur Besitzdiener sind.

Ohne Wirkung und auch entbehrlich ist zur Herstellung des Besitzdienerverhältnisses der innere Wille[146]). Eine Parteivereinbarung dahin, daß der eine hinsichtlich einer Sache Besitzherr, der andere Besitzdiener sein soll, ist für das Verhältnis zwischen beiden ohne Bedeutung. Es kommt lediglich für das Bestehen des Besitzdienerverhältnisses darauf an, ob zwischen beiden ein Verhältnis besteht, das auf der einen Seite ein Befehlsrecht, auf der anderen die Gehorsamspflicht zur Folge hat.

Während es auf den inneren Willen nicht ankommt, muß aber gefordert werden, daß die Abhängigkeit nach außen hin erkennbar ist[147]). Die vom Gesetz im § 855 BGB. aufgeführten einzelnen Verhältnisse „Haushalt und Erwerbsgeschäft", in denen jemand die „tatsächliche Gewalt für einen andern ausübt", veranschaulichen gerade der Außenwelt gegenüber, daß die Stellung des in diesen Verhältnissen für einen anderen Tätigen eine abhängige ist. Sie veranschaulichen, daß hier ein äußerlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis vorliegt[148]). Man braucht aber nicht so weit wie Isay[149]) zu gehen und nun „in der Offenkundigkeit des Mangels der Vertretungsbefugnis" gerade das Wesen der Besitzdienerschaft erblicken.

Nachdem als Merkmal für das Besitzdienerverhältnis ein nach außen hin erkennbares Unterordnungsverhältnis zwischen Besitzherr und Besitzdiener gefunden ist, wird noch festzustellen sein, welche Sachen der Besitzdiener für sich und welche er für seinen Herrn besitzt; denn ohne Zweifel besitzt der Diener nicht schlechthin alles für seinen Herrn. Auch zur Beantwortung dieser Frage ist nicht die Willensrichtung der Parteien heranzuziehen. Sie ergibt sich vielmehr aus objektiven Merkmalen[150]). Zunächst ist zu berücksichtigen,

143) Gaertner, a. a. O., S. 144.

144) So Planck, § 855 Anm. 2; Rosenberg, a. a. O., § 855 II 2 a.

145) Cosmann, S. 15.

146) So Rosenberg, a. a. O., § 855 II, 2, b; Biermann, a. a. O., § 855, 2 c; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 77.

147) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 47; Gaertner, a. a. O., S. 140; Dernburg, Sach. § 14, Anm. 2; Endemann, § 33, Anm. 2 c; dagegen z. B. Rosenberg a. a. O., § 855, Anm. II, 2.

148) Gaertner, a. a. O., S. 140.

149) Isay, a. a. O., S. 286.

150) So Leonhard, Fahrniserwerb, S. 77, Lehrb. i. k. S., S. 116.

daß jedes Befehlsverhältnis örtlich seine Grenzen finden kann. Ist nämlich die räumliche Trennung der Sache vom Befehlsbereich des Herrn so groß, daß ein Herrschaftsband zwischen Sache und Herr nicht mehr besteht, so kann der die Sache innehabende Diener nicht mehr als Besitzdiener angesehen werden, sondern er ist Besitzer[151]). Weiter wird verlangt werden müssen, daß sich die Sache zu Zwecken des Dienstes in der tatsächlichen Gewalt des Dieners befindet[152]). Die in einem Abhängigkeitsverhältnis der geschilderten Art stehenden Personen, z. B. Soldaten, sind nur Besitzdiener derjenigen dem Dienstherrn gehörigen Sachen, die sie behufs Ausübung ihrer dienstlichen Funktionen innehaben. Ferner ist noch ein Unterordnungsverhältnis bezüglich der Sache zu fordern. Ist z. B. der Diener Eigentümer der Sachen, so steht ihm unstreitig der Besitz an diesen zu, selbst wenn er sie im Interesse des Dienstes benutzt. Ebenso kann von einem Unterordnungsverhältnis nicht mehr gesprochen werden, wenn der Diener die Sache auf Grund eines persönlichen privatrechtlichen Rechtsverhältnisses benutzen darf, z. B. wenn er die in seiner Gewalt befindlichen Sachen vom Dienstherrn geliehen, gemietet oder gepachtet hat. Der Grund hierfür liegt eben darin, daß das Befehlsrecht und die Gehorsamspflicht mit den Verhältnissen des Privatrechts unvereinbar sind. Durch den Abschluß eines Leih-, Miet- oder Pachtvertrages stellt sich der Diener mit dem Herrn auf eine Stufe. Von einem Befehlsrecht bezüglich der betreffenden Sache kann dann keine Rede mehr sein[153]).

Erlangt jemand unter den hier festgestellten Voraussetzungen die tatsächliche Gewalt über eine Sache, so verschafft er einem anderen Besitz daran. Es liegt in und nur in § 855 BGB. eine wirkliche Vertretung im Besitze bezw. im Besitzerwerbe dergestalt, daß jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt und ein anderer Besitzer ist, bezw. es wird.

Die Bedeutung des § 855 BGB. geht für unsere Lehre besonders daraus hervor, daß in ihm die einzige Vorschrift enthalten ist, die eine wirkliche Vertretung im Eigentumserwerb beweglicher Sachen nach § 929 BGB. durch Einigung und Uebergabe ermöglicht. Die herrschende Lehre[154]) hält allerdings auch einen Fahrniserwerb durch Mittelspersonen bei Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 868 BGB. für möglich. Diese Auffassung ist aber, wie Leonhard[155]) überzeugend nachgewiesen hat, nicht haltbar. Unter Uebergabe im Sinne des § 929 BGB. ist nur die Verschaffung des Besitzes zu verstehen und zwar des unmittelbaren Besitzes. Es

151) So auch Leonhard, Fahrniserwerb, S. 77, dagegen h. M., z. B. Endemann, Sach., S. 171; Biermann, Sach., § 855, Anm. 2a; Gaertner, a. a. O., S. 143.

152) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 77; OLG. 2, S. 150.

153) Vgl. Leonhard, Fahrniserwerb S. 78.

154) Besonders Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 93, S. 259 ff.; Strohal, Dogm. Jahrb. Bd. 29, S. 368; Langen, a. a. O., S. 87. ff.

155) Fahrniserwerb, S. 57 f

genügt nicht, daß der Empfänger bloß mittelbarer Besitzer wird. § 930 BGB. ist immer nur Ersatz der Uebergabe.

Ein gleichzeitiges Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses und eines Verhältnisses nach § 868 BGB. hinsichtlich derselben Sache ist nicht möglich. Liegt § 855 BGB vor, so ist eine Anwendung des § 868 BGB. schlechthin ausgeschlossen und umgekehrt. Dies ergibt sich aus Folgendem: In § 855 BGB. muß, wie oben ausgeführt, auch ein Unterordnungsverhältnis bezüglich der Sache gefordert werden, d. h. der Diener muß hinsichtlich der in seiner Herrschaft stehenden Sache der Befehlsgewalt des Herrn unterworfen sein. Dies ist aber ausgeschlossen, wenn der Diener die Sache auf Grund eines persönlichen privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, etwa auf Grund eines Miet-, Pacht-, Leihvertrages usw. benutzen darf; denn durch die Begründung eines solchen Verhältnisses stellt sich, wie schon oben erwähnt, der Diener mit dem Herrn auf eine Stufe und ein Befehlsverhältnis, das Ueber- und Unterordnung zur Voraussetzung hat, liegt nicht mehr vor. § 868 hat aber gerade solche privatrechtlichen Verhältnisse zur Grundlage, bei denen der Herr und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf gleicher Stufe stehen.

Ehe die Anwendbarkeit der hier entwickelten Grundsätze der Vertretung im Besitze und Besitzerwerbe auf die juristische Person geprüft wird, ist noch zu einer Ansicht Stellung zu nehmen, welche grundsätzlich eine unterschiedliche Behandlung der Besitzverhältnisse bei gesetzlichen Vertretern einerseits und Bevollmächtigten andererseits macht. Förtsch[156]) will alle gesetzlichen Vertreter, die der juristischen Person, den Vormund, den Konkursverwalter usw. hinsichtlich der Besitzverhältnisse an den Sachen der von ihnen vertretenen Personen gleich behandeln. Diese sind seiner Auffassung nach weder Besitzer noch Besitzdiener. Sie betätigen vielmehr den Besitz der von ihnen vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind. Förtsch schränkt diese Sätze allerdings ein. Sie treffen nur zu, wenn der Vertretene selbst unfähig ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben, oder doch jener fähig ist, aber nicht die Gewalt ausübt. Den Beweis dafür will er darin finden, daß das Gesetz alle Personen, welche unfähig sind, die tatsächliche Gewalt über Sachen selbst auszuüben, dennoch des Besitzes für fähig erachtet. Er findet den Gedanken nicht direkt ausgesprochen, entnimmt ihn aber der Denkschrift zum Entwurf, die zu § 838 Abs. 1, BGB., Entw. erklärt, daß man den Besitzerlangungswillen deshalb nicht verlangen könne, weil die Willensunfähigen, wie Kinder, Geisteskranke, zum Erwerbe eines rechtlich geschützten Besitzes unfähig seien. Als Charakteristikum des § 855 BGB. stellt er die Abhängigkeit des Dieners vom Herrn fest. Diese finde sich aber bei den gesetzlichen Vertretern gerade nicht. Deshalb enthalte § 855 BGB. nicht alle Fälle, in denen trotz vorliegender tatsächlicher Gewalt kein Besitz vorhanden

156) Förtsch in Gruchot Bd. 43, S. 554; ähnlich auch Planck, a. a. O., § 854, Anm.5.

ist. Förtsch stellt dann neben § 855 den ungeschriebenen Satz, daß nur die vertretene Person Besitzer ist, wenn gesetzliche Vertreter für sie die tatsächliche Gewalt ausüben.

Diese Ansicht ist schon aus dem Grunde nicht haltbar, daß für alle gesetzlichen Vertreter gleichmäßig das Vorliegen eines Verhältnisses nach § 855 BGB. verneint wird. Auch hätte das Gesetz sicherlich hier eine besondere Regelung im Förtsch'schen Sinne bei Richtigkeit seiner Auffassung getroffen oder den § 855 BGB. anders gefaßt. Ferner würde sie zu praktischen Ergebnissen führen, welche Schwierigkeiten bieten könnten. Wie Kretschmar[157]) richtig bemerkt, käme dann der Dritte in eine unangenehme Lage, weil er häufig nicht wissen wird, daß der Vertreter die Sache nicht für sich, sondern für die vertretene Person besitzt.

157) a. a. O., § 854, Anm. 6

2. Kapitel

Anwendung der Grundsätze über die Besitzausübung und den Besitzerwerb durch Mittelspersonen auf die juristische Person.

§ 7.

Nach der hier vertretenen Auffassung von dem Wesen der juristischen Person ist diese willens- und handlungsunfähig. Sie kann auch selbst keine physischen Wirkungen in der Außenwelt hervorrufen. Damit fehlt ihr auch die Fähigkeit, eine tatsächliche Herrschaft auf die Gegenstände der Umwelt auszuüben. Besitz nach § 854 BGB. kann demnach die juristische Person nicht haben. Es fragt sich aber, ob sie nicht im Besitze vertreten werden kann, wie dies bei den natürlichen Personen möglich ist. Als Bestimmung für eine wirkliche Vertretung im Besitze kommt bei den natürlichen Personen § 855 BGB. zur Anwendung. Diese Vorschrift ist aber, wie sich aus dem folgenden ergibt, auch bei den juristischen Personen anzuwenden und gibt die Lösung der Frage nach den Besitzverhältnissen der juristischen Person.

Zunächst steht einer Anwendung von § 855 BGB. nicht entgegen, daß die juristische Person als solche nicht in der Lage ist, eine tatsächliche Herrschaft auf die Gegenstände der Außenwelt auszuüben. In § 855 BGB. hat der besitzende Herr, wie oben festgestellt wurde, garnicht die tatsächliche Gewalt, sondern diese steht bei dem Diener. Der Herr braucht hiernach auch nicht fähig zu sein, eine tatsächliche Herrschaft auszuüben. Seine Besitzfähigkeit genügt. Grundsätzlich fallen beide Fähigkeiten zusammen. Bei der juristischen Person ist es aber ausnahmsweise nicht der Fall. Sie ist besitzfähig, ohne daß sie die physische Kraft hat, über die von ihr besessene Sache eine tatsächliche Herrschaft auszuüben.

Eine andere Frage ist die, ob überhaupt ein Verhältnis nach § 855 BGB. zwischen der juristischen Person und den zu ihr gehörenden Personen wie dem Vorstande, den verfassungsmäßig berufenen Vertretern, den durch Rechtsgeschäft vom Vorstand bestellten Vertretern, sonstigen Hilfspersonen und den einzelnen Mitgliedern bestehen kann, und bei Bejahung, wann es im Einzelfalle vorliegt.

Nach der hier bekämpften Organtheorie wird der Verein ohne weiteres Besitzer der in die tatsächliche Gewalt des Vorstandes oder

eines anderen Organs gelangenden Vereinssachen, da die Handlungen, welche die Organe vornehmen, Handlungen der juristischen Person sind. Einige Vertreter dieser Theorie[158]) wollen zwischen Organ und juristischer Person noch besondere Besitzverhältnisse nach § 868 oder § 855 BGB. gelten lassen. Dies ist inkonsequent. Wenn schon das Vorliegen einer Organschaft angenommen wird, so kann bei der monistischen Struktur dieses Verhältnisses nicht nebenher noch ein besonderes Besitzverhältnis angenommen werden. Bei der hier vertretenen Auffassung, wonach es sich bei der Beziehung zwischen Organ und juristischer Person um die dualistische Stellvertretung handelt, wird der Verein Besitzer, wenn der Vorstand Besitzdiener jemals sein kann und im Einzelfalle ist. Von einem Teil der Literatur wird verneint, daß zwischen juristischer Person und Organ das für die Besitzdienerschaft charakteristische Abhängigkeitsverhältnis vorliegt[159]). Man will dies mit der Stellung der Organe innerhalb der juristischen Person begründen und ist der Ansicht, daß eine Abhängigkeit der Organe von der juristischen Person dem ganzen Wesen und den Funktionen der Organe widerspreche. Es wird geltend gemacht, daß die Organe es gerade seien, deren Handlungen die eigentlichen Willensäußerungen der juristischen Person darstellen. Nicht sie seien verpflichtet, „den Weisungen eines anderen Folge zu leisten", sondern die maßgebenden Weisungen würden vielmehr von ihnen erlassen[160]). Dieser Auffassung kann aber in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Ihre Begründung mag für die Mitgliederversammlung, welche ja das höchste und wichtigste Organ des Vereins ist, zutreffen. Das Organ „Mitgliederversammlung" muß aber aus dem Rahmen der Betrachtungen ausscheiden. Haben nämlich die Mitglieder eines Vereins in ihrer Gesamtheit über Vereinssachen die tatsächliche Gewalt, so haben die einzelnen Mitglieder diese an diesen und nicht die Mitgliederversammlung. Dies beruht auf folgender Ueberlegung: Die Mitgliederversammlung ist mehr als lediglich eine Versammlung der einzelnen Vereinsmitglieder. Sie hat ganz bestimmte Funktionen, die für das Leben des Vereins von ausschlaggebender Bedeutung sind, wie etwa die Wahl des Vereinsvorstands und das Fassen der maßgebenden Beschlüsse. Diese Funktionen übt sie bei ihrem jeweiligen Zusammentritt aus. Sie ist insoweit Organ. Haben aber z. B. die Mitglieder eines eingetragenen Sportvereins in ihrer Gesamtheit die tatsächliche Herrschaft über einen dem Verein gehörenden Sportplatz, indem sie darauf spielen, so steht die tatsächliche Gewalt doch bei den einzelnen Mitgliedern und nicht bei dem Organ Mitgliederversammlung; denn zwischen diesen und der beherrschten Sache besteht die Herrschaftsbeziehung. Eine Vorstellung dahin, daß die Mitgliederversammlung in ihrer Eigenschaft als Vereinsorgan tatsächliche Gewalt über Vereinssachen ausübt, ist nicht

158) Z. B. Dernburg. Sachenrecht, § 14, Anm. 6.
159) So Rosenberg, a. a. O., § 855, IV, 2; Endemann, a. a. O., § 38, Anm.12.
160) Rosenberg, § 855, IV, 2.

möglich. Das Erlangen und Ausüben von tatsächlicher Herrschaft über eine Sache gehört eben nicht zu ihren Funktionen.

Was nun die anderen Organe, zunächst den Vorstand betrifft, so ist festzustellen, daß dieser von der juristischen Person abhängig ist. Es muß zwar zugegeben werden, daß der Vorstand meistens eine die Befugnis der einzelnen Vereinsmitglieder überragende Verwaltungsmacht hat. Er leitet die Mitgliederversammlung und wirkt auf deren Beschlüsse vorbereitend ein. Dies kann aber nicht maßgebend für einen Ausschluß eines Abhängigkeitsverhältnisses sein. Ditmar[161]) weist mit Recht darauf hin, daß die Einwirkung eines Teils auf die Entschlußfassung des anderen dem Verhältnisse zwischen Besitzer und Besitzdiener keineswegs fremd ist. Z. B. es macht der Gärtner dem Besitzer von Parkanlagen Vorschläge über die Verschönerung des Parkes. Der Parkbesitzer wird sich von dem sachverständigen Urteil des Gärtners in der Regel mehr oder weniger, wenn nicht ganz bestimmen lassen und trotzdem tritt keine Verschiebung in dem Verhältnisse der beiden Teile zueinander ein. Der Gärtner bleibt in Abhängigkeit von dem Parkbesitzer. Maßgebend ist für die Stellung der juristischen Person zum Vorstand, daß nach der vom Gesetz entworfenen Struktur der juristischen Person die Mitgliederversammlung das oberste Organ ist und alle anderen Organe, auch der Vorstand, ihr untergeordnet und von ihr abhängig sind. Sie setzt die Statuten und seine Aenderungen fest, beschließt über die Auflösung des Vereins und über das Schicksal des Vereinsvermögens. Sie ist der eigentliche Geschäftsherr der juristischen Person. Die einzelnen Vorstandsmitglieder sind nur Angestellte der Gesamtheit. Sie werden auf besonderen Beschluß der über ihnen stehenden Mitgliederversammlung berufen und können auch durch ihren Beschluß ohne weiteres wieder entfernt werden. Falls sie sich ihren Weisungen nicht fügen, kann ihnen durch die Mitgliederversammlung die Vertretungsmacht jederzeit entzogen werden. Hieraus ergibt sich eine starke Abhängigkeit des Vorstandes von der Mitgliederversammlung und damit bei der ausschlaggebenden Bedeutung dieses Organs ein Abhängigkeitsverhältnis vom Verein selbst. Man wird daher keine Bedenken tragen, ein Verhältnis zwischen juristischer Person und Vorstand nach § 855 BGB. anzunehmen, falls die anderen neben dem Abhängigkeitsverhältnis in § 855 BGB. geforderten, im vorhergehenden Kapitel aufgestellten Erfordernisse vorliegen.

Nicht anders kann es sein bei den sonstigen gesetzlichen Vertretern der juristischen Person, z. B. denen des § 30 BGB., wenn sie die tatsächliche Gewalt über Sachen der juristischen Person erlangen oder ausüben. Die Machtbefugnis dieser Vertreter steht hinter der des Vorstandes im allgemeinen zurück. Ihre Vertretungsmacht ist nicht so allgemein wie die des Vorstandes und in der Regel auf

161) a. a. O., S. 67.

einen bestimmten Wirkungskreis, z. B. auf die Führung der Vereinskasse beschränkt. Hier ist es daher noch unbedenklicher, das im § 855 BGB. geforderte Abhängigkeitsverhältnis zu bejahen.

Aus dem vorhergehenden ergibt sich ohne weiteres auch die Abhängigkeit der sonstigen Hilfskräfte der juristischen Person, z. B. des Bankstiftes, und vor allem der einzelnen Mitglieder ohne besondere organisatorische Befugnisse.

Mit dieser Feststellung löst sich die Frage des Besitzes der juristischen Person dahin:

Gelangt eine Sache in die tatsächliche Gewalt der in die Organisation der juristischen Person eingegliederten natürlichen Personen, so erlangt die juristische Person Besitz an der Sache, vorausgesetzt, daß auch die sonstigen neben dem Abhängigkeitsverhältnis in § 855 BGB. geforderten Voraussetzungen vorliegen, andernfalls sind die Innehaber Besitzer.

Lebenslauf.

Am 4. Mai 1904 bin ich als Sohn des Stadtbauamtmanns Karl Balzer und seiner Ehefrau Ida, geb. Beckmann, in Tarnowitz geboren. Von Ostern 1914 ab besuchte ich das Gymnasium in Dortmund und legte dort Ostern 1925 die Reifeprüfung ab.

Im Anschluß daran studierte ich zunächst Chemie und dann Rechtswissenschaft in Bonn, Tübingen und Marburg.

Am 27. Juni 1931 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 29. Mai 1934 in Marburg.